J. pract.
269
c

J. pract.
269c

Schmidt
(Schuldrecht)

Jus

<36610473320012

<36610473320012

Bayer. Staatsbibliothek

6

Beytrag zu der Lehre von den Prozeßkosten

von

Justus von Schmidt genannt Phiseldeck.

Helmstädt,
bey C. G. Fleckeisen.
1793.

162. B.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

Vorbericht.

Nicht als eine vollständige Theorie eines unwidersprechlichen Systems, sondern nur als zufällige Gedanken, welche mir während des Lesens der verschiedenen, seit kurzem über die Prozeßkosten herausgekommenen Schriften aufstießen, bitte ich gegenwärtige Abhandlung zu beurtheilen. — Da die Literatur dieser Materie in den Schriften des Hrn. Professor Weber und Hrn. Doktor Emmrich vollständig genug angeführt ist, und es bey Beurtheilung einer Rechtsfrage nicht auf Meinungen der Rechtslehrer, sondern auf Gesetze, oder eine richtige Analogie des Rechts ankommt, so hoffe ich, wird man

mir es nicht zum Vorwurfe machen, daß ich meine Gründe nicht durch Anführung berühmter Schriftsteller zu unterstützen gesucht habe. — Eben so wenig hielt ich es für nöthig, die Gründe einer jeden, der mir entgegenstehenden Meinungen alle vollständig anzuführen, und ihre Widerlegung zu versuchen, weil ich voraussetzen zu können glaube, daß den Lesern der gegenwärtigen Abhandlung, die seit kurzem über diese Materie herausgekommenen Schriften, nicht unbekannt seyn werden, und ein jeder folglich selbst die Vergleichung zwischen den dreyerley verschiedenen Meinungen anstellen, und sich für eine derselben bestimmen kann.

Im Julius 1793.

Die Lehre von der Erstattung und Compensation der Prozeßkosten ist immer eine der wichtigsten Controversen des Civilrechts gewesen, und mußte es seyn, weil das gemeine Recht so außerordentlich wenige und so unsichere Anleitung zur Entscheidung der Frage darbietet: in welchen Fällen sind die Prozeßkosten von dem überwundenen Theile zu erstatten, und in welchen Fällen sind sie zu compensiren? Daher kommt es, daß bis jetzt in dieser Rücksicht dem Gutachten des Richters mehr überlassen ist, als es wol seyn sollte, und daß in den verschiedenen Gerichtshöfen, wo doch dieselben Vorschriften des Rechts angenommen sind, ganz verschiedene Grundsätze über diese Materie eingeführt worden, so, daß die Parteyen, in Rücksicht auf die Kosten, nach denselben Gesetzen ganz verschieden gerichtet werden. Eine Sache, die allerdings der Aufmerksamkeit der größten Rechtslehrer

würdig ist, und deren endliche Bestimmung ausserordentlich wohlthätig seyn würde, bis jetzt aber noch unter die frommen Wünsche gehört.

Seit kurzem ist diese Materie wieder durch Hrn. Professor Weber zu Rostock in Anregung gebracht, welcher in seiner Abhandlung: Ueber die Prozeßkosten, deren Vergütung und Compensation; Schwerin, Wismar und Bützow. 1788. 8., darzuthun sich bemühte, daß die Prozeßkosten nach den Grundsätzen des Schadenersatzes beurtheilt werden müßten, und die Compensation derselben nur auf sehr wenige Fälle einschränkte, so, daß nach seiner Theorie der Kostenpunkt in allen Fällen, wo dem Ueberwundenen auch nur der geringste Grad der Schuld beyzumessen wäre, zum Nachtheil desselben zu entscheiden seyn würde. Natürlich war es, daß die bisherige Observanz gegen diese, ihr so ganz entgegengesetzte Meinung, bald ihre Vertheidiger finden mußte, und schon im Jahre 1789 trat Hr. Postdirektor Hennemann mit einer Abhandlung auf, * in welcher er der so strengen Meinung des Hrn. Prof. Weber eine desto gelindere entgegen setzte, und sich auszuführen bemühte, daß die Prozeßkosten nur als poena temere litigantium zu betrachten seyen, und daß folglich in allen Fällen, wo keine teme-

* Beytrag zur Rechtstheorie, von Erstattung der Prozeßkosten. Schwerin, 1789, 8.

temeritas litigantium (das heißt, nach seiner Erklärung kein dolus oder culpa lata) vorhanden sey, die Kosten allemal compensirt werden müßten. Diese Grundsätze suchte Hr. Prof. Weber in der zweyten, im Jahr 1790 erschienenen Auflage seiner Abhandlung zu widerlegen, und seine Theorie dadurch noch mehr zu befestigen; allein im folgenden Jahre fand die Theorie des Hrn. Postdirektors Hennemann an Hrn. Doktor Emmerich * einen ausführlichen und geschickten Vertheidiger, und im gegenwärtigen Jahre ist Hr. Hennemann selbst in seinem zweyten Beytrage zur Rechtstheorie über die Erstattung der Prozeßkosten, mit einer Vertheidigung derselben aufgetreten: so, daß also diese Lehre zwischen zwey ganz entgegengesetzten Meinungen noch gänzlich unentschieden geblieben ist; und wer wird es sich anmaßen, einen so wichtigen Streit durch seinen Ausspruch aburteln zu wollen?

So lange indeß eine Materie streitig ist, ist es auch jedem erlaubt, seine Meinung darüber, selbst gegen einen Mann von solchem Gewichte, wie Hr. Prof. Weber, frey und unbefangen zu äußern. In dieser Rücksicht wage ich es, diejenige Theorie, welche ich für die wahrste halte,

 dem

* In der Abhandlung: Ueber die Prozeßkosten, deren Erstattung und Compensation. Göttingen, 1791. 8.

dem Publikum vorzulegen; und es kann einem Unparteyischen nicht unangenehm seyn, außer den beyden sich entgegengesetzten Meinungen auch die eines Dritten, obgleich bis jetzt dem Publikum gänzlich unbekannten, zu hören, welche, indem sie in der Mitte zwischen beyden steht, vielleicht den Weg zu einem gütlichen Vergleiche bahnen könnte.

§. 1.

Die Geschichte, wie statt der actio calumniae die Erstattung der Prozeßkosten eingeführt worden, ist in den genannten drey Streitschriften * gut und weitläuftig genug ausgeführt, so daß ich nicht nöthig habe, mich dabey aufzuhalten. — Nachdem die actio calumniae außer Gebrauch gekommen war, wurde anfänglich durch Gewohnheit, nachher aber durch ordentliche Gesetze an ihrer Statt die Erstattung der Prozeßkosten eingeführt. ** Allein die Gesetze, welche davon reden, sind so unbestimmt, daß es nur durch eine zweckmäßige Zusammenstellung derselben vielleicht möglich seyn wird, die Grundsätze zu bestimmen, nach welchen der römische Richter bey dem Erkenntnisse in Ansehung der Kosten zu verfahren hatte. — Die Hauptfrage, auf welche die

* vorzüglich in den Hennemannschen Beytr. 1. §. 5 und 6, und der Emmerichschen. §. 7.

** vergl. Hennemann am angef. O. §. 6.

die ganze Theorie von der Erstattung oder Compensation der Prozeßkosten gebauet werden muß, ist folgende: Ist die Erstattung der Kosten ein bloßes Surrogat der *actio calumniae*, und folglich nur eine Strafe der Chicane, oder aber ist sie nach den Grundsätzen des Schadenersatzes zu beurtheilen? Erstere Meinung ist die der Hrn. Hennemann und Emmrich, auf die letztere aber ist die Theorie des Hrn. Prof. Weber gebauet.

§. 2

Um diese Frage gehörig beurtheilen zu können, muß vorher genau bestimmt werden, was die Gesetze unter der calumnia und temeritate litigandi verstanden haben, und ob beyde Ausdrücke einerley bedeuten, oder aber von einander verschieden sind.

Calumnia war gewiß nach der Sprache unserer Gesetze von der temeritate litigandi unterschieden: dieses erhellet ganz deutlich aus l. 1. §. 4. 5. ad SCtum Turpill. wo es heißt: — Nam si quidem ita pronunciauerit, *non probasti*, pepercit ei. Sin autem pronunciauerit, *calumniatus est*, condemnauit eum. — — Quaeri possit, si ita fuerit interlocutus, Lucius Titius *temere accusasse videtur*, an *calumniatorem* pronunciasse videatur? et Papinianus, *temeritatem facilitatis veniam continere, et inconsultum calo-*

 rem

rem calumniae vitio carere: et ob id hunc nullam poenam ſubire oportere.

In dem ganzen Titel, ad SCtum Turpill., iſt nur vom römiſchen Anklage=Prozeße die Rede, und calumnia bedeutet diejenige ſtrafbare Handlung, wenn jemand den andern wider beſſeres Wiſſen fälſchlich eines Verbrechens anklagt. * In einer weitern Bedeutung wird dieſe Benennung von einem jeden gebraucht, der mit dem Bewußtſeyn ſeines Unrechts einen Prozeß veranlaßt, ** es mag dieſes durch eine unrechtmäßige Klage, oder durch Einreden geſchehen, von deren Ungrunde der Beklagte überzeugt iſt. Beyde Fälle ſind in der angeführten l. 233. pr. de V. S. enthalten. Denn per fraudem alios litibus vexare paßt auf den unrechtmäßigen Kläger; per fruſtrationem aber auf denjenigen, der einem andern dasjenige unrechtmäßiger Weiſe vorenthält, was er ihm zu leiſten ſchuldig war, und folglich auf den Beklagten.

Dieſe calumnia war ein Verbrechen und durch Strafgeſetze verboten, und ich glaube nicht, daß, ſelbſt nachdem die actio calumniae außer Gebrauch gekommen war, der Calumniator, im eigentlichen Verſtande des Worts, ſollte von aller Strafe frey

* l. 1. §. 1 ad SCtum. Turpill.

** l. 233. pr. de V. S.

frey geblieben seyn. Vielmehr bin ich überzeugt, daß der Richter von Amts wegen ihn in Strafe nehmen mußte. Der Unterschied war nur der, daß nach Aufhebung der actio calumniae, und allmähligen Einführung der Erstattung der Prozeßkosten, diese Strafe nicht, wie vorher, eine Privat-, sondern, der Regel nach, eine öffentliche Strafe war, welche dem Fiskus anheim fiel, und, den Umständen nach, bald größer, bald geringer zuerkannt wurde.

Zu dieser Meinung veranlaßt mich ein Gesetz vom Kaiser Zeno, * worin es heißt: constitutio praecipit, vt quiuis iudex in sententia sua iubeat victum factos in iudicio sumtus praestare. *Habet et potestatem iudex transcendendi sumtum ad decimam vsque partem eorum, quae impensa sunt, si eum ad hoc partis eius, quae sumtum profudit impudentia permouerit: ita vt ea, quae impensas excedunt, ad fiscales rationes pertineant* etc.

Dieser Vermuthung steht §. 1. I. de poena temere litig. nicht im Wege. In demselben redet Justinian nur davon, daß, statt der außer Gebrauch gekommenen actio calumniae, die Erstattung der Prozeßkosten u. s. w. eingeführt sey. Er

* l. 5. pr. C. de fruct. et lit. exp. vergl. *Cuiacii* Obseru. et emend. Libr. XII. c. 1.

Er erzählt mehr die Geschichte der Einführung dieser Kostenerstattung, als daß er etwas neues in dieser Materie festsetzen wollte, und ist selbst in der Geschichtserzählung nicht vollständig; denn sonst hätte er nothwendig den Inhalt der angeführten Constitution des Zeno nicht unberührt lassen können. Aber freylich war dieses auch zum Zwecke dieses Paragraphen nicht nothwendig; denn die Absicht desselben war nur die, zu zeigen, wie statt der, durch die actionem calumniae ehemals erhaltenen Privatstrafe, der siegende Theil nunmehr durch die Erstattung der Prozeßkosten schadlos gehalten würde. In Ansehung der öffentlichen Strafe aber wird weder in diesem Paragraphen, noch in dem ganzen Titel etwas bestimmt, vielleicht, weil Justinian glaubte, es werde durch das iuramentum calumniae aller Chikane auf einmal ein Ende gemacht seyn; und es bleibt daher ungewiß, ob auf die angezeigte öffentliche Strafe noch zu den Zeiten Justinians erkannt worden, oder nicht. Jedoch will ich es bewährten Männern gern überlassen, zu entscheiden, ob nicht in manchen Fällen die, in der angeführten Constitution vom Zeno erwähnte öffentliche Strafe unter dem Justinian, selbst nach Publikation der Institutionen, noch im Gebrauche gewesen sey. Denn in Nov. 82. c. 10. beruft sich Justinian auf eine Verordnung des Zeno, welche die Prozeßkosten betrifft, und bestätigt dieselbe aus-

druck-

drücklich.* Wäre hierunter die l. 5. C. de fruct. et lit. exp. gemeint, so bleibt es wenigstens allezeit zweifelhaft, ob nicht durch diese Bestätigung der ganzen Constitution, auch die darin festgesetzte öffentliche Strafe mit habe bestätigt werden sollen.**

Dem sey aber, wie ihm wolle, so ist doch so viel gewiß, daß die calumnia ein Verbrechen war, denn sonst hätte weder eine Privatstrafe, wie bey der actio calumniae,*** noch eine öffentliche Strafe**** auf dieselbe gesetzt werden können.

Die

* Oportet autem expensarum rationem iudices omnino examinare. Et quia hoc bene *Zenonis* piae memoriae decreuit *sententia et auctoritas*; et nos non dedignati sumus partem etiam hoc nostrarum facere dispositionum. *Maneat* ergo *etiam nunc in eodem schemate custoditum:* illo solo adiecto etc. Daß die Constitution des Zeno, worauf hier Bezug genommen wird, die l. 5. C. de fruct. et lit. exp. sey, müssen wir mit Cujaz (am angef. O.) so lange annehmen, bis uns das Gegentheil unumstößlich gewiß dargethan ist.

** Daß Justinian auch die Privatstrafe der Calumnie gewissermaßen wieder einzuführen gesucht habe, erhellet aus Nov. 112. c. 2. pr. cf. Emmrich am angef. O. §. 7.

*** denn die decima pars litis war keine poena conuentionalis. cf. Hennemann am angef. O. S. 8 u. f.

**** cf. l. 5. cit. C. de fruct. et lit. exp. l. 1. §. 3. 4. ad SCtum Turpill. Emmrich am angef. O. §. 6. 7.

Die temeritas litigandi war kein Verbrechen; denn sie wird ausdrücklich von der calumnia unterschieden, * und war keine Handlung, auf welche eine Strafe im eigentlichen Verstande des Worts gesetzt war. In l. 1. §. 5. ad SCtum Turpill heißt es ausdrücklich: *temeritatem* facilitatis veniam continere, *et inconsultum calorem calumniae vitio carere; et ob id hunc* (scil. temere litigantem) *nullam poenam subire oportere.*

Hieraus erhellet, daß unter der calumnia und temeritate litigandi eben der Unterschied ist, welcher unter einer durch Strafgesetze verbotenen, und einer den Vorschriften des Rechts nicht gemäßen Handlung, also unter einem delicto und einem simpeln facto illegitimo statt findet. Durch ersteres wird außer der Entschädigung des Beleidigten Strafe verwirkt, letzteres aber verbindet nur dazu, dem Verletzten dasjenige zu ersetzen, was er nicht verlohren haben würde, wenn die unrechtmäßige Handlung nicht geschehen wäre.

§. 3.

Ob nun gleich die temeritas litigandi nicht wie die calumnia als ein Verbrechen betrachtet werden kann, so haben unsre Gesetze dennoch verordnet, daß die temere litigantes sowohl, als die calumniatores, dem Gegner die Prozeßkosten er-

* l. 1. §. 4. 5. ad SCtum Turpill.

erstatten sollen.* Die Erstattung der Prozeßkosten ist daher nicht als eine Strafe der Chicane, sondern als Schadenersatz für diejenigen Kosten zu betrachten, welche der siegende Theil nicht gehabt haben würde, wenn er zu dem Prozesse nicht genöthigt gewesen wäre.** Meiner Ueberzeugung nach, folgt dieses schon ganz deutlich aus den vorangeschickten Sätzen. Denn sobald der Grundsatz feststeht, daß blos die Calumnia ein Verbrechen war, die temeritas litigandi aber nicht als ein solches betrachtet werden kann, so kann doch auch die Strafe der Calumnia nicht auf die temeritas litigandi ausgedehnt werden. Muß daher der temere litigans seinen Gegner die Prozeßkosten erstatten, so kann dieses nicht als eine Strafe angesehen werden, sondern es ist nur Wiedererstattung derjenigen Kosten, welche dem Sieger von dem Ueberwundenen durch den temere geführten Prozeß verursacht sind. Ich hätte daher nicht nöthig, mich bey diesem Punkte weiter aufzuhalten, sondern könnte mich blos auf die zweyte Auflage von Hrn. Prof. Webers Abhand-

* §. 1. fin. I. de poena temere litig. l. 78. §. 2. de legat. II. l. 79. pr. de iudiciis. l. 33. §. 3. C. de Episc. et Cler. l. 5. C. de fruct. et lit. exp. Nov. 82. c. 10.

** cf. Weber am angef. O. §. 3. Ueberdem folgt der Satz, daß, wenigstens nach unserm jetzigen Rechte, die Erstattung der Kosten nicht als eine Strafe zu betrachten sey, schon daraus, weil wir überall die Privatstrafen des römischen Rechts nicht mehr haben.

handlung über diesen Gegenstand beziehen, wenn nicht nachher noch Hr. Doktor Emmrich diese Grundsätze weitläuftig bestritten hätte, dessen Gegengründe doch kürzlich berührt werden müssen. *

Hr. D. Emmrich behauptet in seiner Abhandlung §. 8. u. 9., daß temeritas litigandi nur dolum und culpam latam in sich begreife, und sucht dieses §. 8. sowohl durch Beyspiele über die Bedeutung des Worts temere bey alten Schriftstellern, als auch aus Gesetzstellen darzuthun. Allein selbst aus den von ihm angeführten Stellen alter Classiker folgt weiter nichts, als daß das Wort, temere und temeritas, von demjenigen gebraucht wird, der etwas unternimmt, ohne es vorher gehörig überlegt zu haben; hingegen aber beweisen diese Stellen keinesweges, daß auch dolus unter der temeritate mit begriffen werde. Unsere Gesetze wenigstens verstehen unter

* Was die vom Hrn. Postdirektor Hennemann angeführten Gegengründe betrifft, so kann ich mich, in Ansehung derselben, blos auf Hrn. Webers Abhandlung beziehen. Denn auch die Vertheidigung seiner Theorie in dem zweyten Beytrage 2c. widerlegt theils die von Hrn. Weber ihm entgegengesetzten Gründe, meiner Ueberzeugung nach, nicht, theils aber kommen die zur Unterstützung derselben gegebenen Gründe hier größtentheils noch mit vor, indem sie, im Ganzen genommen, von den Emmrichschen nicht viel abweichen.

ter der temeritate litigandi durchaus keinen actum dolosum, sondern nur *facilitatem et inconsultum calorem*,* und unterscheiden sie dadurch ausdrücklich von der calumnia, von welcher sie nach Hrn. D. Emmrichs Erklärung kaum zu unterscheiden seyn würde. — Selbst in den vom Hrn. D. Emmrich für seine Meinung angeführten Gesetzen kann man nicht einmal immer unter dem Worte temere blos culpam latam verstehen. Denn wollte man z. B., wie Hr. D. Emmrich in l. 1 §. 4. ff. de dolo malo, l. 9. C. de his, qui accusare non possunt, l. 1. C. Vectigalia noua etc. und in l. 3. §. 4. ff. vbi pupill. educ. etc. temere schlechtweg durch ohne Grund, ohne Ursache, ohne einen vernünftigen Grund, ꝛc. übersetzen, so würde man gewiß den Sinn der Gesetze und die Meinung des Gesetzgebers weit verfehlen. — Temere bedeutet in allen diesen Fällen so viel, als *sine graui aut speciali caussa*, also ohne hinreichenden, sorgfältig geprüften Grund, welches einem jeden einleuchten wird, der auf den Sinn und Zusammenhang dieser Gesetze sieht.

In l. 1. de dolo malo wird die actio de dolo auf den Fall eingeschränkt, wenn durch eine andere Klage dasjenige nicht erhalten werden kann, was dem Kläger durch den dolus entzogen worden, und

* l. 1. §. 5. ad SCtum Turpill.

und in §. 4. und den folgenden dieses Gesetzes wird davon die Ursache angegeben, weil der Richter nicht *temere* eine infamirende Klage annehmen müsse, so lange eben das durch eine andere Klage erhalten werden könne. * Der Richter muß also vorher wohl überlegen, ob der vorgetragene Fall sich zu einer actione de dolo qualificire. Um aber beurtheilen zu können, ob eine Sache einen hinreichenden Grund habe, muß man doch wenigstens mediam diligentiam anwenden. Wer diese nicht anwendet, ist in culpa leui, und der Richter, welcher nur so obenhin beurtheilte, ob in dem gegebenen Falle eine actio de dolo zulässig sey, würde zwar dem Vorwurfe entgehen, daß er in culpa lata sey, dennoch aber temere bey Annahme der Klage handeln, weil er nicht diejenige Aufmerksamkeit auf die Sache verwandt hatte, welche der Natur derselben gemäß war.

Eben diese Bedeutung hat auch das Wort temere in l. 9. C. de his, qui accus. non poss. und l. 3. §. 4. ff. vbi pupill. educ., weshalb ich mich dabey nicht weiter aufhalte.

Auch in l. 1. C. Vectigalia noua würde ein ganz anderer, der Meinung des Kaisers gerade ent-

* Merito Praetor ita demum hanc actionem pollicetur, si alia non sit: quoniam famosa actio non *temere* debuit a Praetore decerni, si sit ciuilis, vel honoraria, qua possit experiri etc. bis zu Ende des Gesetzes.

entgegen stehender Sinn seyn, wenn temere durch unvernünftiger Weise übersetzt werden sollte. Es heißt darin: Non quidem *temere* permittenda est nouorum vectigalium exactio. Wer nur einen Augenblick überlegt, welche wichtige Sache es sey, einen neuen Zoll anzulegen, kann unmöglich hier mit Hrn. D. Emmrich behaupten, daß Sever blos habe sagen wollen, man solle nicht unvernünftiger Weise neue Zölle anlegen: das verstand sich wohl von selbst. Der Sinn ist unstreitig folgender: Es sollen ohne höchst wichtige Gründe keine neue Zölle angelegt werden. Dieses würde mir gewiß ein jeder einräumen, gesetzt auch, daß die angeführten Worte ganz allein stånden; aber es folgt sogleich darauf: sed si adeo tenuis est patria tua, vt extraordinario auxilio iuuari debeat, allega Praesidi prouinciae, quae in libellum contulisti: qui re *diligenter* inspecta vtilitatem communem intuitus, scribet nobis, quae compererit: Et an habenda sit ratio vestri, et quatenus, existimabimus. Wer sieht nicht sogleich, daß hier temere selbst die culpam leuissimam mit begreife, und daß also *non temere* durch haud sine grauissima ratione beschrieben werden müsse? Denn ehe zur Errichtung eines Zolles geschritten werden soll, soll erst das Bedürfniß dem Praeses prouinciae gemeldet werden; dieser soll die Sache genau (diligenter) untersuchen, und davon an den Kaiser Bericht erstatten, und dieser will alsdann erst entscheiden, ob dem Suchen gewillfahrt werden solle. Ein jeder

Zoll, der ohne diese äußerst sorgfältigen Untersuchungen angelegt wäre, würde also dem Sinne des Gesetzes nach temere angelegt seyn.

In l. 27. de haeredit. petit. hat temere gewiß einen ganz andern Sinn, als der, den Hr. D. Emmrich angiebt. Es heißt darin: Ancillarum etiam partus, et partuum partus, quamquam fructus esse non existimantur: quia non *temere* ancillae eius rei caussa comparantur, vt pariant, augent tamen haereditatem. Hr. D. Emmrich übersetzt hier temere durch ohne Grund, indem er S. 45. seiner Abhandlung sagt: „Ebenderselbe (Ulpian) versichert, daß „man nicht ohne Grund Sklavinnen anschaffe." Dieses gibt einen, dem Gesetze gerade entgegen stehenden Sinn. Denn nach Hrn. D. Emmrichs Meinung hieße das Gesetz übersetzt: Die Kinder der Sklavinnen rc. gehören zwar mit zu einer Erbschaft, obgleich sie eigentlich nicht unter den fructibus begriffen werden, weil man nicht ohne Grund Sklavinnen deshalb anschafft, damit sie gebähren sollen. — Schaffte man aber nicht ohne Grund Sklavinnen zum Gebähren an, so wäre ja der vorzüglichste Zweck derselben das Gebähren, und alsdann würden ihre Kinder zu den fructibus gehören, und gerade das Gegentheil will das Gesetz sagen. Der Sinn desselben ist unstreitig: Die Kinder der Sklavinnen gehören nicht zu den Früchten, weil der vorzüglichste Endzweck, weshalb man Sklavinnen an-

anschafft, nicht das Gebähren ist. *Non temere* bedeutet also hier so viel, als nicht leicht, nicht gewöhnlich; auf keine Weise aber kann es hier durch nicht ohne Grund übersetzt werden, und es gehört also diese Stelle ganz und gar nicht hieher. Dies sey genug, um zu zeigen, daß das Wort temere eine viel weitläuftigere Bedeutung habe, als diejenige ist, welche Hr. D. Emmrich ihm beylegen will, und daß folglich desselben Behauptungen von der gesetzlichen Bedeutung dieses Wortes nicht allemal ganz gegründet sind.

Hr. D. Emmrich folgert nun aus seiner Erklärung der angezogenen Gesetzstellen, daß temeritas allezeit einen gänzlichen Mangel an vernünftiger Ueberlegung begreife, und folglich blos dolum und culpam latam in sich fasse. * Es ist daher für jetzt genug, dargethan zu haben, daß temeritas sich öfters auch weiter erstrekke, und daß, nach Beschaffenheit der Umstände, auch derjenige als ein temerarius betrachtet werden könne, der nur in culpa leui oder leuissima ist. Es kommt also immer darauf an, von welchem Geschäfte die Rede sey, ehe man den Grad der Schuld bestimmen kann, der zu der temeritate erfordert wird; und es wird daher jetzt zu untersuchen seyn, welchen Grad der Schuld die temeritas bey der Prozeßführung in sich begreife.

* in der angef. Abhandl. p. 5.

§. 4.

Nur aus der Zusammenstellung der hieher gehörigen Stellen des römischen Rechts kann es erklärt werden, was die Gesetze unter der temeritate litigandi verstehen, und welcher Grad der Schuld darunter begriffen werde. — Unsere Rechtsvorschriften wollen nicht allein, daß niemand wider bessere Uebezeugung einen ungerechten Prozeß anfangen solle, (denn sonst trift ihn der Vorwurf der Calumnia) sondern sie wollen auch, daß er sich, ehe er den Prozeß anfängt, bemühen solle, zu erforschen, ob seine Sache wirklich gerecht sey oder nicht. Und diese Bemühung soll nicht blos oberflächlich seyn, sondern er soll, ehe er den Prozeß anfängt, mit Fleiß untersuchen, ob er eine rechtmäßige Sache habe. Et ante debet rem *diligenter* explorare, et tunc ad agendum procedere, heißt es ausdrücklich in l. 42. de R. I. Wer also, ehe er einen Prozeß anfängt, die Rechtmäßigkeit seiner Sache nicht fleißig untersucht hat, der ist als ein temerarius litigator, als ein solcher zu betrachten, der unbesonnener Weise einen Prozeß angefangen. Das Wort diligenter kann nun wohl hier nicht so viel heißen, als minima adhibita diligentia; denn wenn dieses der Sinn hätte seyn sollen, so hätte dieses Wort gänzlich wegbleiben können, und Gaius hätte nur sagen müssen: debet rem obiter explorare, wenn es nicht seine Meinung gewesen wäre, daß mehr, als der geringste Grad des Fleißes beym Anfange eines

Pro-

Prozesses angewandt werden, und folglich, wenn der Prozeß verlohren würde, nicht blos die allergröbste Nachlässigkeit (culpa lata) prästirt werden sollte. — Ein *temerarius litigator* wäre also nach der Bestimmung dieses Gesetzes: qui antequam ad agendum processit, rem non diligenter explorauit; und daraus folgt, meiner Ueberzeugung nach, sogleich von selbst, daß bey einem Prozesse mehr als culpa lata prästirt werden müsse.

Diese Regel wird aber auch noch durch folgende Sätze bestätigt. Es sollen nämlich von dem temerario litigatore die Prozeßkosten erstattet werden. Nun aber bestimmen die Gesetze, daß derjenige, qui iustam caussam litigandi habuit, qui de re dubia litigauit etc., von der Erstattung der Kosten frey seyn solle. * Wie aber kann derjenige überzeugt seyn, daß seine Sache rechtmäßig, oder wenigstens so zweifelhaft sey, daß sie sich zu einem rechtmäßigen Prozesse qualificire, der nur mit dem geringsten Grade des Fleisses, oder, welches gleichviel ist, mit einem flüchtigen Ueberblicke, die für dieselbe streitenden Gründe untersucht hat? Ich glaube, daß dieses wohl niemand behaupten wird.

 So

* l. 3. C. de calumniat. l. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. exp. Nov. 82. c. 10. Auth. post iusiurand. C. de iudic.

So lange man also unsere Gesetze als ein übereinstimmendes, auf einerley Grundsätze gebauetes Ganzes betrachtet, muß man behaupten, daß

1) ein jeder, der einen Prozeß anfängt, oder aber sich in denselben einlassen will, die Rechtmäßigkeit seiner Gründe, womit er seine Sache zu vertheidigen denkt, vorher gehörig prüfen muß.

2) Daß derjenige, der dieses nicht thut, den Vorschriften der Gesetze zuwider, und folglich unrechtmäßig handelt; es geschehe dieses nun aus Vorsatz, oder aus Nachläßigkeit. Im ersten Falle würde er ein Calumniator, im zweyten aber ein temerarius litigator seyn.

3) Daß derjenige, welcher die Gerechtigkeit seiner Sache nur oberflächlich, (*adhibita minima diligentia*) geprüft hat, noch nicht der Vorschrift der Gesetze gemäß gehandelt habe, weil diese wollen, daß er sie sorgfältig (diligenter) prüfen soll, wozu der allergeringste Grad der Aufmerksamkeit noch nicht hinreichend ist; und daß

4) folglich derjenige, welcher nur oberflächlich sich um die Gründe seiner Sache bekümmert hat, noch nicht von dem Vorwurfe der temeritatis litigandi frey sey, sondern daß *temeritas litigandi* mehr, als *culpam latam* begreife.

Ich

Ich hoffe, daß dasjenige, was ich bis jetzt angeführt habe, hinreichend seyn wird, um darzuthun, daß unsere Gesetze ihrem Zusammenhange nach unter der Benennung eines temere litigantis nicht blos denjenigen begreifen, welchem bey der Prozeßführung der höchste Grad der Schuld zur Last gelegt werden kann, sondern, daß dieser Ausdruck noch von einer weitern Bedeutung sey. Indeß kann ich folgendes nicht unbemerkt lassen.

Meiner Ueberzeugung nach widerspricht sich Hr. D. Emmrich selbst in §. 9. seiner Abhandlung, wo er sagt: wer unbefangen urtheile, müsse sich überzeugt fühlen, daß temeritas nichts anders, als dolum und culpam latam bedeuten könne. „Sie faßt zwar nicht immer," fährt er fort, „wie ich gezeigt habe, calumniam in sich, „sondern ist von weitläuftigerem Umfange; * „aber der äußerste Grad derselben bleibt doch im„mer der gänzliche Mangel an vernünf„tiger Ueberlegung. Wer folglich klagt, „ohne vorher zu untersuchen, ob er auch durch „Gründe seine Klage unterstützen könne, oder „aufs Gerathewohl sich vertheidigt, begeht eine „grobe Fahrlässigkeit, und verdient in die Ko„sten verurtheilt zu werden." **

* Brunnemann comment. in leges Pandectarum, ad L. 1. ad S. C. Turpill. n. 7.

** L. 223. D. de V. S.

Hr. D. Emmrich beschreibt also das, was er grobe Fahrlässigkeit nennt, dadurch, daß derjenige, welcher sich in einen Prozeß einläßt, ohne sich vorher um die Gründe seiner Sache zu bekümmern, sich derselben schuldig mache; und da nun temeritas litigandi blos dolum und culpam latam begreifen soll, so würde auch nur derjenige ein temerarius litigator seyn, welcher einen Prozeß anfinge u. s. w., ohne sich überall um Gründe bekümmert zu haben. Derjenige also, welcher sich um Gründe bekümmert, und scheinbare gefunden hätte, ohne sorgfältig abzuwägen, ob sie wohl so wichtig wären, daß er einen guten Ausgang der Sache mit Recht hoffen könne, wäre nach dieser Definition kein temerarius litigator, weil er nicht in culpa lata wäre, und gleichwohl fährt Hr. D. Emmrich fort: „Denn „unsre Gesetze legen jedem Kläger ausdrücklich „die Verbindlichkeit auf, vor angestellter Klage „den Grund derselben fleißig zu untersuchen, „und nicht eher zur gerichtlichen Verfolgung seines Rechts zu schreiten, bis er überzeugt sey, „daß ihm dasselbe zustehen müsse,“ * u. s. w. Dazu gehört denn doch wohl mehr, als daß er sich um die Gründe blos bekümmere, ohne ihre Rechtsbeständigkeit sorgfältig geprüft zu haben. Er soll ja auch die Gründe prüfen, und zwar sorgfältig prüfen, ehe er die Klage anstellt, da-

* L. 42. D. de diu. reg. iur.

damit er zuvor seines Rechts gewiß sey.* Diese sorgfältige Prüfung aber darf doch wohl nicht blos mit derjenigen Aufmerksamkeit geschehen, die man minimam diligentiam nennt: es wird gewiß zu einer sorgfältigen Prüfung wenigstens media diligentia erfodert, und es steht also das Gesetz, welches Hr. D. Emmrich zum Beweise seiner Definition der temeritatis ligandi anführt, mit derselben gerade im Widerspruch. Ueberhaupt glaube ich, daß alle bis §. 10. angegebenen übrigen Gründe desselben, nebst den Erklärungen der Worte improbus litigator, audacia, malitia etc., welche ich alle, entweder mit der temeritate litigandi, oder mit calumnia für das erste für synonym annehmen will, meinen oben angezeigten Gegengründen nicht sehr nachtheilig seyn werden, und ich brauche also hier nur das Resultat der bisherigen Betrachtung zu wiederholen; daß nämlich das Wort temeritas nach Verschiedenheit seiner Verbindungen auch eine verschiedene Bedeutung habe, und daß es folglich auch verschiedene Grade der Schuld in sich fasse; daß nach den ausdrücklichen Vorschriften unserer Gesetze bey einem Prozesse mehr als der geringste Grad der Aufmerksamkeit erfodert werde, um dem Vorwurfe der temeritas zu entgehen; daß folglich die temeritas litigandi mehr, als *dolum* und *culpam latam* begreife, und daß

* l. 42. de R. I.

daß sie also kein Verbrechen, keine im eigentlichen Verstande strafbare Handlung sey, sondern nur als eine solche Handlung betrachtet werden könne, aus welcher, wegen nicht beobachteter gesetzlicher Vorsicht, die Verbindlichkeit zum Schadenersatze entsteht.

§. 5.

Ich komme nun zu der andern Meinung, nämlich der des Hrn. Prof. Weber, welche, meiner Ueberzeugung nach, weit mehr für sich hat. Hr. Prof. Weber behauptet, daß auch derjenige temere streite, und als ein temerarius litigator zu betrachten sey, welchem bey dem Prozesse auch nur culpa leuissima zur Last falle, und daß folglich in der Regel der verlierende Theil, wenn er in culpa leuissima sey, allezeit in die Prozeßkosten verurtheilt werden müsse. *

Allein ich glaube, daß diese Grundsätze etwas zu strenge sind, und strenger, als die Gesetze und Billigkeit es erlauben.

Wollen wir die Theorie von der Erstattung der Prozeßkosten aus dem wahren Gesichtspunkte betrachten, so müssen wir auf die Geschichte ihrer Entstehung zurückgehen. Anfänglich wurde der gewinnende Theil von demjenigen, der aus Chi-

* cf. §. 35. der angef. Abhandl.

Chicane einen Prozeß angefangen hatte, durch das, was er durch die actionem calumniae ausklagte, sattsam für seine Prozeßkosten schadlos gehalten. Nachdem nun die actio calumniae ausser Gebrauch gekommen war, so entstand allmählig die Bezahlung der Prozeßkosten. Diese konnte also als ein Surrogat betrachtet werden, durch welches der unrechtmäßiger Weise in einen Prozeß Verwickelte dasjenige wieder erhalten sollte, welches er ohne dieses factum illicitum, ohne diesen unrechtmäßigen Prozeß, nicht würde ausgegeben haben; nur wurde sie, da sie nicht mehr Strafe, sondern eine Art des Schadenersatzes war, auch weiter, als auf den bloßen calumniator ausgedehnt, und die Verbindlichkeit, die Prozeßkosten zu erstatten, auch dem temerario litigatori auferlegt. Die Verbindlichkeit zu der Erstattung der Prozeßkosten war folglich eben dieselbe, welche aus einer jeden unrechtmäßigen Handlung zum Schadenersatz entsteht; und nur in sofern also die Prozeßführung als eine unrechtmäßige Handlung betrachtet werden kann, kann auch der Ersatz der Prozeßkosten gefordert werden. Wenn daher die Prozeßkosten erstattet werden sollen, so muß das Recht, welches jeder Bürger des Staats hat, seine Sache vor Gericht zu vertheidigen, gemißbraucht, d. h. es muß ein Prozeß eingegangen seyn, in welchem sich einzulassen der Ueberwundene nach den Gesetzen kein Recht hatte. Es kommt also hier auf die Untersuchung der Frage an: wann hat einer Recht, einen

einen Prozeß anzufangen, und in welchen Fällen kann man sagen, daß dieses Recht gemißbraucht worden?

§. 6.

Jeder Bürger des Staats, ohne Unterschied, hat das Recht, seine Sache, die er für rechtmäßig hält, vor Gericht auszumachen; * nur kommt es darauf an, daß er hinreichenden Grund habe, weshalb er seine Sache für rechtmäßig, oder wenigstens für so zweifelhaft zu halten berechtigt ist, daß sie ohne richterliche Entscheidung nicht auszumachen stehe. Dieses verordnen unsere Gesetze ausdrücklich. ** Wer also aus hinreichenden Gründen seine Sache für gerecht hält und halten muß, bedient sich eines Rechts, welches ihm die Gesetze zugesichert haben, auf die gehörige Weise, gesetzt auch, daß derselbe im Prozesse unterläge. Derjenige also mißbraucht das Recht, seine Sache vor Gericht zu vertheidigen, der entweder gar keine Gründe für sich hat, welche seine Sache unterstützen können, oder doch nur solche, von welchen er, nach sorgfältiger Untersuchung, (re diligenter explorata) einsehen konnte, daß sie auf den vorliegenden Fall nicht an-

* l. 99. 155. §. 1. de R. I.

** l. 42. de R. I. l. 78. §. 2. de legat. II. arg. l. 3. C. de Calumniatorib. l. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. exp. l. 33. §. 8. C. de episcop. et cler. etc.

anwendbar seyen. Die Beurtheilung der Frage: ob einer rechtmäßig gestritten habe, oder nicht, hängt also blos davon ab, ob er die Gründe seiner Sache sorgfältig (diligenter) geprüft habe, oder nicht. Es kommt daher lediglich auf die Erklärung des Wortes diligenter an, um zu bestimmen, welcher Grad des Fleißes zu dieser sorgfältigen Untersuchung gehöre, und welcher Grad der Schuld folglich erforderlich sey, um sagen zu können, daß jemand sein Recht, einen Prozeß zu führen, gemißbraucht, und folglich temere gestritten habe; zu dieser Erklärung aber bieten uns die Gesetze selbst die Hand.

Meiner Ueberzeugung nach, bestimmt l. 9. §. 2. de iur. et facti ign. die Bedeutung dieses Wortes sehr genau. Es heißt darin: Sed facti ignorantia ita demum cuique non nocet, si non ei summa negligentia obiiciatur: quid enim, si omnes in ciuitate sciant, quod ille solus ignorat? Et recte Labeo definit: *scientiam neque curiosissimi, neque negligentissimi hominis accipiendam: verum eius, qui eam rem, diligenter inquirendo, notam habere possit.* * Wollen wir hieraus eine Definition desjenigen entwerfen, welcher eine Sache nach dem gesetzlichen Sinne f l e i ß i g erforscht hat, so ist dieser ein solcher, qui neque curiosissimus, neque negligentissimus in re

* cf. l. 3. §. 1. et l. 6. eod.

re exploranda fuit; folglich derjenige, der mediam diligentiam angewandt hat. Summa diligentia wird hier ausdrücklich ausgeschlossen, und man kann folglich behaupten, daß einer eine Sache sorgfältig untersucht habe, wenn er nur mediam diligentiam angewandt hat. Da nun unsere Gesetze zur Prozeßführung nur erfordern, daß man seine Sache vorher diligenter untersuche, so folgt daraus, meiner Ueberzeugung nach, schon ganz deutlich, daß derjenige, dem dabey culpa leuis nicht zur Last fällt, einen Prozeß rechtmäßig führe; daß hingegen derjenige, welchem der mittlere Grad der Schuld vorgeworfen werden kann, unrechtmäßig handele, und daß folglich nur diesem die Verbindlichkeit aufliege, seinem Gegner den aus seiner unrechtmäßigen Handlung entstandenen Schaden zu ersetzen, nicht aber den erstern, weil dieser sich blos seines Rechts auf eine erlaubte Weise bedient hat.

§. 7.

Hrn. Prof. **Webers** Theorie stützt sich vorzüglich darauf, **daß die Erstattung der Prozeßkosten** als eine Schadenersetzung, in Ermangelung anderer Vorschriften **nach dem Aquilischen Gesetze beurtheilt werden müsse.** Nach diesem aber werde bey einem damno iniuriae dato auch culpa leuissima prästirt, folglich müsse die Erstattung der Prozeßkosten auch nach dieser Regel beurtheilt werden. Allein ich glaube, daß die Erstattung der Prozeßkosten

nach dem Aquilischen Gesetze nicht beurtheilt werden könne, und daß es der Wille der römischen Gesetzgeber nicht gewesen sey, daß man bey der Verurtheilung in die Kosten nach so strengen Grundsätzen verfahren solle; ja, daß selbst, wenn man die Erstattung der Prozeßkosten nach dem Aquilischen Gesetze beurtheilen wollte, nichts für die Meinung des Hrn. Prof. Weber daraus folge.

Betrachtet man die Natur des Aquilischen Gesetzes, so besteht diese darin, daß es eine Klage einführt, welche man bis dahin nicht kannte, nämlich auf den Ersatz eines extra contractum durch eine unrechtmäßige Handlung zugefügten Schadens. Es gieng ursprünglich blos auf die Verletzung körperlicher Dinge; als man aber sah, daß durch diese Klage noch nicht alle Arten des Schadens eingeklagt werden könnten, so gab man dem Beschädigten nachher noch eine actionem in factum subsidiariam, welche auf diejenigen Fälle gieng, auf welche das Aquilische Gesetz nicht angewandt werden konnte. Der Grund, weshalb die actio in factum eingeführt wurde, war nur, um das Aquilische Gesetz zu ergänzen, und auch demjenigen eine Klage zu gestatten, der keine Klage ex lege Aquilia hatte. Hatte nun aber das Aquilische Gesetz den Zweck, eine Klage einzuführen, welche auf die Erstattung des damni iniuria dati gieng, und wurde zu eben diesem Zwecke die actio in factum ein-

geführt, so kann doch wohl dieses Gesetz nicht auf den Fall gelten, wenn wegen eines gewissen, dem andern zugefügten Schadens, nach ausdrücklichen Gesetzen durchaus keine Klage gestattet werden soll? — Der Zweck des Gesetzes war die Einführung einer Klage, wegen eines unrechtmäßig erlittenen Schadens, und alle übrige Bestimmungen desselben sind daher nur auf solche Fälle anwendlich, wenn wegen eines damni iniuria dati geklagt werden kann. Ist aber die Klage wegen einer gewissen Gattung des Schadens ausdrücklich verboten, wie dieses bey den Prozeßkosten der Fall ist, * so liegt auch diese Art des Schadenersatzes

* Terminato transactoque negotio, posthac *nulli actio* neque ex rescripto *super sumtuum petitione praestetur.* — — — *Post absolutum enim dimissumque iudicium, nefas est, litem alteram consurgere ex litis primae materia.* l. 3. C. de fructib. et lit. expens. Man muß aber aus diesem Gesetze nicht herleiten wollen, daß, weil wegen der Kosten keine besondre Klage gestattet werden soll, dieses ein Zeichen sey, daß die römischen Gesetze die Erstattung der Kosten nicht als eine Schadenersetzung, sondern als Strafe der Chicane betrachten. Aus den, theils von mir, theils von Hrn. Weber angegebenen Gründen ist dieses wohl unleugbar. Allein die römischen Gesetzgeber wollten deshalb hier keine besondere Klage gestatten, weil diese sich auf die Frage gründen müßte, ob temere gestritten worden, und diese nur aus den Acten des vorigen Prozesses beurtheilt werden kann. Es sollte daher verhütet werden, daß nicht aus dem vorigen Prozesse ein ganz neuer entstände,

wor-

satzes gänzlich außer dem Gebiete des Aquilischen Gesetzes, und kann unmöglich nach jenen Vorschriften beurtheilt werden.

Dieses sahen auch die römischen Gesetzgeber sehr wohl ein, und deshalb unterschieden sie die Prozeßkosten von den damnis ausdrücklich,* welches doch wohl nicht geschehen wäre, wenn man sie als ein damnum iniuria datum betrachtet, und nach diesen Regeln beurtheilt hätte. Es wäre genug gewesen, wenn der Gesetzgeber im angeführten §. 1. I. de poena tem. lit. gesagt hätte:

worin der vorige gewissermaßen von neuem durchgegangen werden müßte, um über die Temerität urtheilen zu können. Dieses konnte der Richter schon aus den vorliegenden Acten, und daher wurde es ihm zur Pflicht gemacht, gleich über den Kostenpunkt mit zu erkennen, deshalb auch konnte die neue Prozeßführung über den Kostenpunkt folglich verboten werden, ohne daß daraus folgte, daß die Erstattung der Kosten nicht nach den Grundsätzen der Schadenersetzung beurtheilt werden sollte.

* Sed pro his introductum est et praefatum iusiurandum, et vt improbus litigator et *damnum*, *et expensas litis* inferre aduersario suo cogatur. §. 1. in fine I. de poena temere litig.

Noch deutlicher ist hierin das Canonische Recht, wo es c. 8. X. de iniur. et damno dato heißt: Cum igitur *aliud sit damnorum restauratio*, *quam satisfactio expensarum*, et ideo in iuramento exhibito *super damnorum articulo intelligi non debeat*, *quod factum expensarum fuerit comprehensum* etc.

et vt improbus litigator *damna* inferre aduersario suo cogatur. Setzte er nun hinzu, daß ausser den damnis auch die Prozeßkosten ersetzt werden sollen, so müssen diese doch wohl unter den damnis noch nicht begriffen seyn.* Ueberdem war das Aquilische Gesetz älter, als die Erstattung der Prozeßkosten eingeführt war. Bis dahin hatte man nicht daran gedacht, daß die Prozeßkosten gleich einem damno iniuria dato erstattet werden müßten. Sollten sie daher, nachdem ihre Erstattung eingeführt war, nach dem Aquilischen Gesetze beurtheilt werden, so hätte doch wohl dieses in einer der Constitutionen, worin dem Richter aufgegeben wird, darauf zu erkennen, angeführt, und bemerkt werden müssen, daß sie nach eben den Grundsätzen jedesmal von dem Ueberwundenen erstattet werden sollten, nach welchen ein jedes damnum iniuria datum erstattet werde. Dieses aber ist nicht geschehen, sondern statt dessen die Prozeßkosten ausdrücklich vom damno unterschieden, und hieraus, nebst den obigen Gründen, sollte man, glaube ich, wohl den Schluß machen können, daß das Aquilische Gesetz auf die Prozeßkosten nicht anwendlich sey.

Ich bin zwar weit entfernt, zu behaupten, daß die Erstattung der Prozeßkosten nach den Grundsätzen beurtheilt werden müßte, nach welchen der Scha-

* cf. Emmrich a. a. O. §. 15. 16.

Schaden bey Contrakten berechnet wird. Allein es folgt deshalb nicht, daß, weil eine Art der Schadenerstattung nicht nach der Lehre von den Contrakten beurtheilt werden kann, sie darum sogleich einzig und allein unter das Aquilische Gesetz gehöre. Die Erstattung der Prozeßkosten ist vielmehr ein Schadenersatz, der von beyden Gattungen gleich weit abweicht. Der Grund derselben ist temeritas litigandi, und die Verbindlichkeit zu derselben entsteht ipso iure ex temeritate aut calumnia. Da nun diese während des Laufes des Prozesses vom Richter allein beurtheilt werden kann, so ist diesem deshalb auch vorgeschrieben, ex officio den Kostenpunkt in der Sentenz des Hauptprozesses mit abzuurteln, ohne daß ein neuer Prozeß darüber angefangen werden soll. Letzteres konnte deshalb füglich verboten werden, weil der siegende Theil dadurch nichts verlor, indem der Richter sogar bey Strafe, daß er im Unterlassungsfalle selbst dem Sieger die Kosten erstatten müsse, verbunden war, in allen Fällen auf die Erstattung der Kosten zu erkennen, wo der Ueberwundene sie zu ersetzen wegen einer calumnia oder temeritas schuldig wäre.

Der einzige Fall, wo man das Aquilische Gesetz auf die Erstattung der Prozeßkosten anwenden könnte, wäre also wohl nur der, wenn nach dem römischen Rechte * der Richter dem Sieger des-

* l. 13. §. 6. l. 15. C. de Iudiciis. l. 5. C. de fruct. et lit. exp.

deshalb die Kosten aus seinem eigenen Vermögen erstatten müßte, weil er der gesetzlichen Vorschrift zuwider den temerarium litigatorem nicht in dieselben verurtheilt hatte. Hier ist ein wirkliches damnum iniuria datum, bey welchem auch culpa leuissima des Richters prästirt werden kann und muß.

§. 8.

Auch in dem Falle, wenn man annehmen wollte, daß die Erstattung der Prozeßkosten nach dem Aquilischen Gesetze beurtheilt werden müsse, würde daraus noch nichts für die Meinung des Hrn. Prof. Weber folgen. Denn das Aquilische Gesetz setzt doch immer voraus, daß der Schaden, welcher erstattet werden soll, durch eine Handlung veranlaßt worden, welche entweder dolose oder culpose unrechtmäßig war. Wo keine unrechtmäßige Handlung zum Grunde liegt, läßt sich auch kein Schadenersatz ex lege Aquilia denken, und derjenige, der dem andern wirklich einigen Schaden dadurch veranlaßt, daß er sich seines Rechts auf eine den Gesetzen gemäße Art bedient, kann auch nach dem Aquilischen Gesetze nicht zum Schadenersatze angehalten werden. Soll daher jemand nach demselben wegen eines culpose veranlaßten Schadens zur Erstattung desselben gehalten seyn, so frägt sich es erst, ob die culpa von der Art sey, daß sie eine iniuriam begründen konnte, das heißt, ob derjenige, dem die Schuld zur Last fällt, verbunden war, bey dem Ge-

Geschäfte eine gewisse Art des Fleißes anzuwenden, und ob er diese angewandt habe, oder nicht. Hat er den nach der Art des Geschäftes schuldigen Fleiß angewandt, so kann er auch wegen einer leichteren Schuld nicht zum Schadenersatz angehalten werden; und in dieser Rücksicht erklärt sich l. 44. ad L. Aquil., wo es heißt: In lege Aquilia et leuissima culpa venit, von selbst dahin: es kann nach dem Aquilischen Gesetze selbst wegen des geringsten Grades der Schuld auf Schadenersatz geklagt werden, (wenn nämlich das Geschäft von der Art ist, daß bey demselben der geringste Grad der Schuld prästirt werden muß). * Dieses ist, meiner Ueberzeugung nach, die einzige Erklärung, die mit dem Sinne des Gesetzes übereinstimmt, und folglich die einzige richtige. Es kommt daher immer darauf an, was für eine Art des Fleißes ein Geschäft erfodere, wenn nach Maaßgabe des Aquilischen Gesetzes der Schaden erstattet werden soll. Der Schluß ist also nicht richtig, wenn man folgern wollte: Nach dem Aquilischen Gesetze wird culpa leuissima prästirt; dieser Fall gehört unter das Aquilische Gesetz, folglich muß in demselben auch der geringste Grad der Schuld prästirt werden. Der Schluß, wenn er richtig seyn soll, muß so gefaßt werden: Nach dem Aquilischen Gesetze wird die Nichtanwendung eines jeden,

 selbst

* vergl. Hennemann Beytr. 2. S. 128.

selbst des geringsten Grades des Fleißes, prästirt, der nach der Natur des Geschäfts angewandt werden mußte; im vorliegenden Falle ist einem andern dadurch Schaden zugefügt, daß der erfoderliche Grad des Fleißes nicht angewandt worden, folglich ist dieser Schaden ein damnum iniuria datum, und muß nach dem Aquilischen Gesetze erstattet werden. Ist aber diese Schlußfolge richtig, so sieht ein jeder leicht, daß l. 44. ad L. Aquil. nichts in Ansehung der Erstattung der Prozeßkosten beweise, und daß, ehe man das Aquilische Gesetz anwenden könne, erst untersucht werden müsse, welcher Grad des Fleisses bey der Prozeßführung erfoderlich sey. Das Aquilische Gesetz beweist also nichts für die Meinung, daß bey derselben der geringste Grad der Schuld prästirt werden müsse.

§. 9.

Hr. Prof. Weber bezieht sich ferner auf l. 40. de haeredit. petit., * wo es heißt: vt post acceptum iudicium id actori praestetur, quod habiturus esset, si eo tempore, quo petit, restituta esset haereditas etc., und schließt daraus, daß dem Sieger von der Zeit der Litiscontestation an alles dasjenige erstattet werden müsse, was ihm nicht entgangen seyn würde, wenn der Sachfällige gleich zu Anfange des Streites sich zu dem bequemt hätte, was jetzt Urtel und Recht ihm zur

* a. a. O. S. 48.

zur Pflicht machen: daß der Sachfällige blos für das damnum casuale nicht zu haften brauche, * und folglich doch wegen eines noch so geringen Versehens verantwortlich bleibe. Allein, wenn man das Gesetz in seinem ganzen Zusammenhange nimmt, so sieht man sehr leicht, was unter dem, quod habiturus esset, hier eigentlich zu verstehen ist. Das Gesetz redet blos von der Abtretung der Erbschaft, und Paulus untersucht hier nur, in wiefern bey derselben die oben angeführte Regel anwendlich sey, und entscheidet, nach Anführung der verschiedenen Meinungen, die Sache dahin, daß der m. f. possessor auch das damnum casuale prästiren müsse, der b. f. possessor aber nicht. Das Gesetz und die obige Regel geht also ausdrücklich nur auf das Objekt der Klage, und bestimmt blos, daß der unrechtfertige Besitzer die ganze Erbschaft völlig in dem Zustande herausgeben müsse, wie sie der Kläger bekommen haben würde, wenn sie gleich bey der Litiscontestation abgetreten wäre: daß hingegen der rechtfertige Besitzer den zufälligen Schaden nicht zu prästiren brauche. Es geht folglich das Gesetz blos auf den Schadenersatz, der in Ansehung des Obiecti litis statt findet: und da die Prozeßkosten nicht als ein Obiectum litis betrachtet werden können, sondern ihre Erstattung ein Schadenersatz ist, der vom eigentlichen Gegen-

* cf. l. 40. cit. de haered. petit.

stande des Prozesses gänzlich verschieden, in der temeritate litigandi seinen Grund hat, so kann auch dieses Gesetz, so wie es da steht, auf dieselben nicht angewandt werden. Es muß daher die Theorie von der Erstattung der Prozeßkosten aus ganz andern, deutlichern Gesetzen entlehnt und hergeleitet werden. Denn es kommt bey der Entscheidung einer so wichtigen Frage allemal darauf an, was die Gesetze, die von der Sache selbst handeln, bestimmen, nicht aber, was man aus andern Gesetzen, die von ganz verschiedenen Materien handeln, erzwungener Weise herleiten könne. Uebrigens kann ich mich, in Ansehung dieses Gesetzes, noch auf das beziehen, was Hr. D. Emmrich in der angef. Abhandlung, S. 125. u. fg., darüber sehr gut ausgeführt hat.

Was aber den Grund betrifft, den Hr. Prof. Weber zur Unterstützung seiner Meinung mit anführt, * daß nämlich derjenige, der ein Geschäft unternimmt, welches seiner Natur nach eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfordert, für das geringste Versehen verantwortlich sey, so sehe ich nicht ein, wie derselbe hieher gehört. Denn theils ist die Prozeßführung kein fremdes, sondern ein dem Prozeßführer ganz eigenes Geschäft, und es läßt sich keinesweges be-

* S. 48. u. fg.

behaupten, daß derjenige, welcher ein eigenes Geschäft unternimmt, wodurch ein anderer Schaden leiden kann, in allen Fällen schuldig sey, culpam leuissimam zu prästiren; * theils aber ist die Voraussetzung des Hrn. Prof. Weber, daß die Prozeßführung überhaupt eine ganz besondere Behutsamkeit und Vorsicht erfordere, unrichtig. — Daß das ungerechte Prozessiren dem Zwecke der Rechtsflege zuwider sey, daran wird wohl niemand zweifeln. Allein hier kommt es gerade auf die Frage an: was ist ungerechtes Prozessiren, und ist derjenige schon ein temerarius litigator, der nicht *summam* diligentiam angewandt hat? — Sobald Hr. Weber dieses bewiesen hat, will ich gern zugeben, daß die Prozeßführung zu den Geschäften gehöre, welche den äußersten Grad der Aufmerksamkeit und Sorgfalt erfordern, und bey welchen folglich culpa leuissima prästirt werden muß. Keinesweges aber kann ich dieses Hrn. Prof. Weber aufs Wort glauben, ehe er nicht den Vordersatz einleuchtend dargethan hat. Vielmehr ließe sich dagegen mit eben so vielem Grunde der Schluß machen, daß, weil die Gesetze jedem Staatsbürger erlauben, seine Sache vor Gericht zu vertheidigen, die Prozeßführung gerade deshalb nicht so sehr, wie Hr. Prof. Weber will, beschränkt,

* vergl. Hennemann a. a. O. §. 10. Emmrich a. a. O. §. 26.

schränkt, sondern vielmehr erleichtert, und keiner aus Furcht, die Prozeßkosten bezahlen zu müssen, davon abgehalten werden müsse, und daß folglich unmöglich ein so hoher Grad des Fleißes zur Prozeßführung erfordert werden könne. — Doch wir wollen uns beym Argumentiren nicht aufhalten, sondern lieber die Gesetze hören, und sehen, ob diese etwas mehr für Hrn. Webers Meinung sagen, als die bisher angeführten Schlüsse.

§. 10.

Will man es gehörig prüfen, in wiefern die Gesetzstellen, welche Hr. Prof. Weber für seine Meinung anführt, etwas beweisen, oder nicht, so kann dieses nicht anders, als durch eine Zusammenstellung aller derjenigen Gesetze geschehen, welche von dieser Materie handeln, weil sie fast alle von der Art sind, daß sie nur durch Vergleichung mit andern Gesetzen gehörig erklärt werden können.

L. 13. §. 6. C. de iudiciis scheint freylich im Allgemeinen sagen zu wollen, daß der Regel nach der Sachfällige die Kosten erstatten müsse. * Allein wenn wir einen Augenblick bey diesem Gesetze verweilen, so werden wir finden, daß diese Stelle weder eine allgemeine Vorschrift für.

* cf. Weber a. a. O. S. 25. fg.

für den Richter seyn **solle**, noch daß sie im gegenwärtigen Falle überhaupt etwas beweisen könne. Justinian macht in dem angeführten Gesetze überhaupt verschiedene Anordnungen, wie es in verschiedenen bey dem Prozesse vorkommenden Fällen gehalten werden solle, bestimmt unter andern im §. 5., in welchen Fällen der Ungehorsam eines Theils, zwar nicht die Verurtheilung in der Hauptsache, dennoch aber die Erstattung der Prozeßkosten nach sich ziehe, und fährt nun §. 6. fort: Siue autem alterutra parte absente, siue vtraque praesente lis fuerit decisa: omnes iudices — sciant victum in expensarum caussa victori esse condemnandum, quantum pro solitis expensis litium iurauerit: non ignorantes, quod, si hoc praetermiserint, ipsi de proprio huiusmodi poenae subiacebunt, et reddere eam parti laesae coarctabuntur. Wenn also der Prozeß völlig entschieden ist, so soll der Richter über den Kostenpunkt erkennen, und zwar soll der Sachfällige verurtheilt werden (in) quantum (victor) pro solitis expensis litium iurauerit. Hr. Prof. **Weber** glaubt, diesen Zusatz mit Recht haben weglassen zu können, * weil es hier nicht auf die Frage ankäme, in wie viel Kosten der Sachfällige zu verurtheilen sey; und in dieser Rücksicht hat er völlig recht. In sofern aber öfters der wahre Sinn und die Meinung des Gesetzgebers in einer zweifelhaften Stelle, aus den nachfolgenden Worten

* S. 28.

ten erklärt werden können, ist diese Stelle allerdings wichtig. Denn gesetzt, wir wollten Hrn. Prof. Webers Erklärung annehmen, so bestimmte der Kaiser in diesem Gesetze, daß in der Regel der Sachfällige jedesmal in die Kosten verurtheilt werden sollte. Dieses konnte und wollte aber der Kaiser nicht sagen. Denn der Richter hatte schon die Vorschrift, daß er bey Strafe, die Kosten aus seinem eigenen Vermögen zu erstatten, den Sachfälligen, der *temere* gestritten, in dieselben verurtheilen,* alsdann aber, wenn der Streit de re dubia geführt sey, die Kosten compensiren solle.** Auf diese Vorschriften des Richters bezieht sich Justinian ausdrücklich, indem er sagt: *non ignorantes*, quod si hoc praetermiserint etc. Da nun ausdrücklich hier eine Wissenschaft der Richter, was in Ansehung der Prozeßkosten recht sey, vorausgesetzt wird: so kann man nicht annehmen, daß diese ältern Vorschriften hier haben sollen aufgehoben werden, sondern das einzige, was man annehmen kann, ist, daß diese Vorschriften durch das erwähnte Gesetz deutlicher haben bestimmt werden sollen. Diese Bestimmung aber kann nicht den Punkt betreffen, wer die Prozeßkosten erstatten solle, denn für dieses ist die Stelle zu kurz, zu undeutlich; sondern diese nähere Bestimmung kann

* l. 5. pr. C. de fruct. et lit. exp.

** l. 5. §. 1. eod.

kann nur auf die Summe der zu erstattenden Kosten gehen. Denn diese wird deutlich genug dahin bestimmt, daß dem Sieger so viel Kosten erstattet werden sollen, als er aufgewendet zu haben beschworen haben wird. — Ich kann daher unmöglich eine andere Erklärung dieses Gesetzes annehmen, als diejenige, daß durch dasselbe nicht die Frage: von wem die Kosten zu bezahlen sind? sondern nur diejenige, wie viel Kosten erstattet werden sollen? entschieden werden könne, und ich bin daher sehr geneigt, auch den victum in expensarum caussa des Hrn. Postdirektors Hennemann * anzunehmen, nicht seines Komma wegen, ** sondern deßhalb, weshalb Hr. H. auch das Komma hineingesetzt hat, weil der ganze Zusammenhang dieser Stelle und die Gegeneinanderhaltung derselben gegen andere Gesetze desselben Inhalts, diesen Sinn zu erfordern scheinen. — Ueberdem hat Hr. Prof. Weber schon erklärt, daß er diese Stelle ganz aufgeben könnte, und doch noch Beweisstellen aus den Gesetzen genug für seine Meinung habe. *** Ich acceptire daher dieses Anerbieten bestens, zumal es Hrn. W. keine

* in der angef. Abhandl. Beytr. 1. S. 25. Beytr. 2. S. 8 -- 19.

** vergl. Weber a. a. O. S. 25. Hennemann Beytr. 2. S. 15.

*** in der angef. Abhandl. S. 29.

ne große Aufopferung seyn kann, eine Stelle aufzugeben, die sich auf keinen Fall zum Beweise seiner Theorie qualificirt, und gehe zu den übrigen Gesetzen über, um zu sehen, ob diese mehr für die Theorie desselben beweisen werden.

§. 11.

Die angeführte l. 5. C. de fructib. et lit. exp. ist zwar nicht glossirt: da es aber hier nur darauf ankommt, was dem Sinne der Gesetze gemäß und Rechtens bey den Römern gewesen sey, so konnte Hr. Prof. Weber sie mit allem Rechte unter die Beweisstellen mit aufnehmen. Der Sinn dieses Gesetzes geht, wie schon Hr. D. Emmrich sehr richtig bemerkt hat,* dahin, daß der Richter den Kostenpunkt nicht im Urtel übergehen, sondern, wenn keine calumnia oder temeritas dem Sachfälligen zur Last gelegt werden könne, die Kosten compensiren,** sonst aber den Ueberwundenen in dieselben verurtheilen solle.*** Dieses, und mehr nicht, will der allgemeine Ausdruck im Anfange des Gesetzes sagen, wenn man ihn mit §. 1. desselben und andern ähnlichen Gesetzen in gehörigen Zusammenhang setzt: und ich kann mich also hier füglich auf Hrn. D. Emmrichs Abhandlung und auf das

* a. a. O. §. 19.

** l. cit. §. 1.

*** l. cit. §. 1.

das beziehen, was ich über eine ähnliche Stelle, nämlich l. 13. C. de iud. bereits gesagt habe. * Denn im Anfange des gegenwärtigen Gesetzes wird blos in Beziehung auf die schon bekannten Grundsätze in Ansehung der Prozeßkosten, ** der Uebergang zu der Bestimmung einer Art der öffentlichen Strafe der Calumnia gemacht. *** Es ist daher hier eben der Fall, der bey l. 13. C. de iud. war, daß nämlich eigentlich nichts neues in Ansehung der Prozeßkosten habe festgesetzt, sondern nur die Regel habe wieder ein-

* §. 10.

** In den Worten: Constitutio praecipit, vt quiuis Iudex in sententia sua iubeat victum factos in iudicio sumtus praestare. Hr. Postdirektor Hennemann glaubt im 2ten Beytr. S. 22., daß die hier erwähnte Constitution die l. 3. C. de fruct. et lit. exp. sey. Ob dieses richtig sey, lasse ich unentschieden. Gesetzt aber, es habe diese Constitution gemeint seyn sollen, so thut dieses meiner Behauptung, daß das angeführte Gesetz sich auf bekannte Grundsätze wegen der Kosten beziehe, keinen Abbruch. Denn l. 3. C. cit. setzt diese Grundsätze gleichfalls nicht fest, sondern bestimmt nur, daß der Richter den Kostenpunkt in der Sentenz entscheiden müsse. Es mußten folglich schon ältere Grundsätze da seyn, nach welchen diese Entscheidung des Kostenpunktes zu fassen war.

*** Habet et potestatem Iudex transcendendi sumtum ad decimam vsque partem eorum, quae impensa sunt, si eum ad hoc partis eius, quae sumtum profudit, impudentia permouerit etc.

eingeschärft werden sollen, daß der Kostenpunkt im Urtel nicht übergangen werden dürfe. — Wo nun eine Beziehung auf schon vorhandene Rechtsgrundsätze da ist, und wo diese nicht ausdrücklich wiederrufen worden, da kann man doch wohl nicht annehmen, daß etwas neues habe bestimmt werden, sondern höchstens nur, daß eine Modification oder Erklärung der schon vorhandenen Grundsätze habe statt finden sollen. Dieses ist auch hier der Fall, indem außer der Verurtheilung in die Prozeßkosten noch von einer Art der fiscalischen Strafe der Calumnia geredet wird, und außerdem einige Beyspiele, in welchen Fällen die Compensation statt finde, hinzugefügt werden.

Bey l. 79. ff. de ind. bin ich nun völlig mit Hrn. Prof. Weber einig, daß derjenige, welchem bey der Prozeßführung eine temeritas zur Last fällt, die Prozeßkosten erstatten müsse. Allein wenn derselbe das Wort temere in dieser Materie dadurch erklären will, daß derjenige schon temere gestritten haben soll, welcher blos vergeblich gestritten, d. h., den Prozeß verlohren hat, * so weiß ich nicht, in wiefern ich dieses mit den Gesetzen vereinigen soll. Denn nach denselben sollen zwar die temerarii litigatores die Prozeßkosten bezahlen, ** keineswegës aber diejeni-

* S. 32.

** vergl. oben §. 3.

jenigen, die de re dubia etc. gestritten haben. * Gesetzt nun, letztere hätten den Prozeß verlohren, so wären sie ja nach Hrn. Prof. Webers Meinung temerarii litigatores, und müßten, vermöge dieser Erklärung des vorliegenden Gesetzes, andern ausdrücklichen Gesetzen gänzlich zuwider, die Kosten erstatten. Wenn man nun aber ein Gesetz nicht so erklären darf, daß es durch diese Erklärung mit andern Gesetzen in Widerspruch geräth, so läßt sich auch die angezeigte Webersche Erklärung nicht wohl annehmen.

Auch kann das Gesetz, welches Hr. Prof. Weber zur Vertheidigung seiner Erklärung des Worts temere anführt, ** hiezu nicht gebraucht werden. Es heißt im Zusammenhange: Item sciendum est, vulgo placere, creditores quidem haeredis, si quid superfuerit ex bonis testatoris, posse habere in suum debitum: creditores vero testatoris ex bonis haeredis nihil. Cuius rei ratio illa est: quod, qui impetrauit separationem, sibi debet imputare suam facilitatem, si, cum essent bona idonea haeredis, illi maluerint bona potius

 de-

* l. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. exp. Nov. 82. c. 10. etc. vergl. übrigens Hennemann 2ter Beytr. S. 31—46, wo sehr gründlich und gut, nur vielleicht ein wenig zu weitläuftig, dargethan ist, daß temere hier durchaus nicht vergeblich heißen könne.

** l. 1. §. 17. de Separat.

defuncti sibi separari: haeredis autem creditoribus hoc imputari non possit. At si creditores defuncti desiderent, vt etiam in bonis haeredis substituantur: non sunt audiendi: separatio enim, quam ipsi petierunt, eos ab istis bonis separauit. Si tamen *temere* separationem petierunt creditores defuncti, impetrare veniam possunt, iustissima scilicet ignorantiae caussa allegata. Dieses Gesetz redet von dem Falle, wenn bey entstehendem Concurse die Gläubiger des Erblassers eine Absonderung des Vermögens desselben von dem Vermögen des Erben gebeten und erhalten haben, und bestimmt, daß sie, gesetzt, sie könnten aus dem Vermögen des Erblassers nicht befriedigt werden, keine Ansprüche an das Vermögen des Erben machen könnten, weil sie es sich selbst zuzuschreiben hätten, daß sie um Absonderung gebeten. Jedoch sollte ihnen in dem Falle diese anscheinend unüberlegte Handlung nicht nachtheilig seyn, wenn sie eine gerechte Ursache der Unwissenheit angeben könnten. Nehmen wir diese Erklärung an, die Hr. D. Emmrich schon aufgenommen hat, * so ist hier unter der temeritate die iustissima ignorantiae caussa nicht mit begriffen, sondern es wird vielmehr durch die letztere die temeritas praesumta ausgeschlossen. — Es läßt sich aber auch das Gesetz noch auf eine andere sehr natürliche Weise erklären, wenn man te-

* am angeführten Orte S. 109.

temere hier nicht durch inconsulto modo, sondern durch „zu eigenem Nachtheile" übersetzt: welche Bedeutung dieses Wort auch sehr öfters hat.* Alsdann hieße die Stelle: Haben aber die Gläubiger des Erblassers dennoch um Absonderung gebeten, durch dieselbe aber den gehofften Vortheil (aus dem abgesonderten Vermögen nämlich ihre völlige Befriedigung zu bekommen) nicht erhalten, so soll ihnen nur in dem Falle nachgesehen werden, wenn sie eine gerechte Ursache der Unwissenheit anführen können. — Auf keinen Fall aber paßt dieses Gesetz zu einer Erklärung des Worts temere in der Lehre von den Prozeßkosten: und gesetzt, man wollte auch die Webersche Erklärung dieses Worts in dem angeführten Gesetze annehmen, und es durch vergeblich übersetzen, so würde dieses doch blos beweisen, daß temere auch zuweilen vergeblich heiße: nie aber kann daraus hergeleitet werden, daß dieses Wort auch diese Bedeutung in der Lehre von den Prozeßkosten, und folglich in l. 79. de iudiciis habe. Denn wenn derjenige, der blos vergeblich gestritten, sogleich die Kosten bezahlen sollte, so müßte sie auch derjenige allezeit erstatten, der in iustissima ignorantia gewesen ist, (d. h. der de re dubia gestritten,) und den Prozeß verlohren hat. Nach den ausdrücklichen, schon oft angeführten Gesetzen aber,

 ist

* vergl. Hennemann Beytr. 2. S. 36. fg.

ist dieser von der Kostenerstattung frey, und es muß daher das Wort temere in dieser Materie wohl etwas mehr, als blos incassum bedeuten; es muß einen Grad der Schuld voraussetzen, der aus der l. 1. §. 17. de Separat., wo von einem ganz andern Geschäfte die Rede ist, gar nicht bestimmt werden kann.

§. 12.

Nach dem, was ich bisher angeführt habe, kann ich mich nun durch Hrn. Prof. Webers Gründe noch nicht überzeugen, daß derjenige, dem nur der geringste Grad der Schuld zur Last fällt, die Prozeßkosten erstatten müsse. Eben so wenig kann ich aber auch der Meinung beypflichten, daß bey der Prozeßführung nur culpa lata zu prästiren sey; wovon ich theils meine Gründe schon §. 1—4 aus einander gesetzt habe, theils aber auch mich auf Hrn. Prof. Webers Abhandlung über diese Materie beziehen kann. Es kommt also nun noch darauf an, daß ich dasjenige, was meiner Ueberzeugung nach bey der Erstattung oder Compensation der Kosten nach gemeinem Rechte zur Richtschnur angenommen werden müsse, anzeige und etwas ausführlicher darthue, als schon geschehen ist. Ich glaube nämlich, daß derjenige, der Regel nach, die Prozeßkosten erstatten müsse, dem der mittlere Grad der Schuld zur Last fällt; und daß folglich derjenige, von dem aus den Acten erhellt, daß er zu der Erforschung der Recht-

Rechtmäßigkeit seiner Sache, denjenigen Fleiß angewandt habe, welchen ein ordentlicher Mann gewöhnlich in Geschäften anzuwenden pflegt, vom Vorwurfe der temeritatis litigandi, und folglich auch von Erstattung der Kosten frey zu sprechen sey. Ich glaube, es folgt dieses schon aus dem ganz einfachen Schlusse, daß, wenn bey der Prozeßführung eine Art der Schuld prästirt werden soll, dieses entweder culpa lata, leuis, oder leuissima seyn muß. Nun muß aber mehr als culpa lata prästirt werden; * folglich ist noch die Frage, ob culpa leuis, oder leuissima zu prästiren sey. Daß bey einem Geschäfte culpa leuissima prästirt werde, wird nicht vermuthet, bevor nicht dargethan ist, daß dasselbe zu derjenigen Art der Geschäfte gehöre, bey welchen die Gesetze die Prästation des geringsten Grades der Schuld erfordern. Dieses nun ist, für meine Ueberzeugung wenigstens, noch nicht bewiesen, folglich kann ich auch nicht annehmen, daß bey der Prozeßführung der geringste Grad der Schuld in Rechnung komme. — Mir bleibt daher nichts weiter übrig, als anzunehmen, daß, nach dem römischen Rechte, der mittlere Grad der Schuld durch die Erstattung der Prozeßkosten prästirt werden müsse. — Ueberdem scheint mir diese Theorie mit dem Ganzen der römischen Gesetze, deren Dunkelheit und Unbestimmtheit in dieser

* S. oben §. 4.

Materie sich nicht leugnen läßt, am besten übereinzustimmen. Schon §. 6. habe ich dieselbe vorläufig durch einige Gründe darzuthun gesucht, welche freylich nur auf bloßen Argumenten beruhen, dennoch aber an ihrer Stelle hinreichend waren, um im Voraus meiner Meinung einige Wahrscheinlichkeit zu geben. Jetzt wollen wir die Gründe für diese Meinung genauer durchgehen, und sehen, in wiefern der Satz, daß bey der Prozeßführung nur der mittlere Grad der Schuld prästirt werde, mit dem Geiste der von dieser Materie handelnden römischen Gesetze übereinstimmt.

§. 13.

Es ist ein allgemeiner, wohl nie zu bestreitender Grundsatz, daß jeder Bürger des Staats das ungezweifelte Recht hat, seine Sache vor Gericht durchzufechten, und durch den Ausspruch des Richters bestimmen zu lassen, ob seine Sache, oder die seines Gegners gerecht sey. * Es ist folg-

* Dieser Satz ist so sehr mit dem Ganzen des Römischen Rechts verwebt, daß an der Wahrheit desselben wohl niemand zweifeln wird.

Non videtur vim facere, *qui suo iure vtitur*, *et ordinaria actione experitur*. l. 155. §. 1. de R. I.

Non potest improbus videri, qui ignorat, quantum soluere debeat. l. 99. eod.

Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, *aut propter metum* huius periculi *temere indefensum ius suum relinquere*. l. 40. pr. de haered. petit.

folglich nicht die Absicht unsers Rechts, durch überhäufte Schwierigkeiten jemanden, der eine gerechte Sache zu haben glaubt, von der Prozeßführung abzuschrecken, sondern vielmehr muntern die Gesetze einen jeden auf, seine rechtmässige Sache auszuführen, und das Recht, welches seiner Ueberzeugung nach ihm zustehe, nicht aus einer übertriebenen Furchtsamkeit unvertheidigt zu lassen. * Das Recht, sage ich, welches seiner Ueberzeugung nach ihm zusteht. Denn der Ausdruck, ius suum, im angeführten Gesetze, läßt sich wohl nicht anders übersetzen; da die Frage, ob das, was er für recht hält, wirklich recht sey, erst durch den Prozeß entschieden werden soll.

So wenig aber jemand durch übertriebene Schwierigkeiten von der Führung eines Prozesses abgehalten werden sollte, eben so sehr sahen auch die römischen Gesetzgeber es ein, welche schädliche Folgen es für das Wohl der Bürger haben würde, wenn es einem jeden ohne Unterschied erlaubt wäre, seine Mitbürger durch chicanöse Prozesse in Kosten zu setzen. Diesem, aus dem Mißbrauche einer sonst so wohlthätigen Sache entstehenden Uebel mußte vorgebeugt, und es so viel als möglich verhütet werden. Daher anfänglich die actio calumniae, nachher das iura-

 men-

* l. 40. pr. de haered. petit.

mentum calumniae nebst Erstattung der Prozeßkosten. — Zu welcher Zeit eigentlich letztere eingeführt worden, läßt sich nicht so genau bestimmen, weil alle Gesetze, welche davon reden, derselben als einer schon bekannten Sache erwähnen; daher man annehmen muß, daß dieselbe anfänglich durch Gewohnheit eingeführt sey, und daß der Richter, nachdem die actio calumniae außer Gebrauch gekommen war, nach seinen Einsichten den Unterliegenden in die Kosten verurtheilte, wenn er fand, daß die Sache sich zu dieser Erstattung den Umständen nach qualificirte. Der Richter mußte alsdann doch aber (wenn wir, welches zur Ehre der römischen Justiz unbewiesen nicht anzunehmen ist, nicht behaupten wollen, daß der Kostenpunkt gänzlich vom arbitrio des Richters abhieng) Gründe angeben, weshalb er den Unterliegenden in die Kosten verurtheile. Diese Gründe konnten nun entweder darin bestehen, daß der Ueberwundene den Prozeß blos aus Chicane geführt, oder aber, daß er temere gestritten habe. Ersterer Fall ist gänzlich außer allem Streite; letzterer hingegen ist gerade der streitige Punkt, auf welchem die gegenwärtige Untersuchung beruhet.

Die Gesetze bestimmen nicht ausdrücklich, was unter der temeritate litigandi verstanden werde; eine Anzeige, daß dieses, als eine schon bekannte Sache, nicht erst erklärt zu werden brauchte, und es kommt also hier auf die Frage an: was konnte wohl

wohl nach dem Sinne des römischen Rechts und den uns in demselben gegebenen Anleitungen temeritas litigandi seyn? — Bis jetzt habe ich mich zu zeigen bemüht, was nicht darunter verstanden wurde, und ohne dieses zu wiederholen, kann ich mich hier blos darauf beziehen. Es bleiben mir daher nur noch die Gründe anzugeben übrig, welche mich für die Meinung bestimmen, daß nur der mittlere Grad der Schuld darunter begriffen werde.

Nehmen wir an, wie ich schon §. 2. und 3. darzuthun gesucht habe, daß die Erstattung der Prozeßkosten keine Strafe, sondern eine Art des Schadenersatzes sey, so kann daraus, glaube ich, nichts anders folgen, als daß nach dem römischen Rechte der mittlere Grad der Schuld bey einem Prozesse prästirt werden müsse. Denn ein Schadenersatz läßt sich nur in zwey Fällen denken, wenn nämlich einer entweder eine an sich gesetzwidrige Handlung vorgenommen, oder aber, wenn er eine an sich rechtmäßige Handlung auf eine gesetzwidrige Art verrichtet hat. Derjenige nun, welcher eine an sich schon gesetzwidrige Handlung (factum illicitum) vornimmt, wird demjenigen, welcher dadurch beschädigt ist, in allen Fällen auch wegen des geringsten Grades der Schuld,* ja sogar oft wegen des Zufalls verbind-

* l. 44. pr. ad L. Aquil.

bindlich. — Allein dieser Fall paßt auf die Prozeßkosten nicht. Denn da es eine, einem jeden Bürger erlaubte Sache ist, einen Prozeß zu führen, und die Prozeßführung also kein factum illicitum ist, so kann auch durch dieselbe, an sich betrachtet, niemand zum Schadenersatze verbindlich werden. * Soll also aus der Prozeßführung die Verbindlichkeit zu einem Schadenersatze statt finden, so muß derjenige, welcher den Prozeß geführt hat, sich dieses seines Rechts auf eine gesetzwidrige Art bedient haben; d. h. er muß nicht diejenige Vorsicht dabey beobachtet haben, welche die Rechte zu diesem Geschäfte erfordern. Es frägt sich also, welche Vorsicht, d. h. welcher Grad des Fleißes wird entweder nach klaren Gesetzen, oder nach der Analogie unsers Rechts, zu der Prozeßführung erfodert, wenn sie rechtmäßig seyn soll?

Daß die Gesetze hierüber nicht so bestimmt sind, als wohl zu wünschen wäre, ist freylich wahr, aber mich dünkt doch, daß sich mit der, in solchen Fällen möglichen, Gewißheit behaupten lasse, daß nur media diligentia erforderlich sey. Es ist nämlich, meiner Ueberzeugung nach, sowohl in gegenwärtiger Abhandlung, ** als auch in der Weberschen hinlänglich erwiesen, daß

* arg. l. 155. §. 1. de R. I.

** §. 1 — 4.

daß mehr als culpa lata unter der temeritate litigandi begriffen werde; und daß folglich die Prozeßführung mehr, als den geringsten Grad der Schuld erfordere. Hingegen kann es nicht vermuthet werden, daß bey einem Geschäfte summa diligentia erforderlich sey, sondern es muß dieses entweder durch klare Gesetze verordnet, oder das Geschäft von der Art seyn, daß es seiner Natur nach eine besondere Geschicklichkeit u. s. w. erfordere. Bis dahin aber hat noch niemand, auch nicht Hr. Prof. Weber, überzeugend dargethan, daß die Gesetze die summam diligentiam erfordern; noch auch, daß die Prozeßführung an sich ein Geschäft sey, welches einer so großen Anstrengung des Fleißes und der Vorsicht bedürfe. Die Gesetze sagen selbst: *Non potest improbus videri, qui ignorat*, quantum soluere debeat: * — Nec enim debet possessor aut mortalitatem praestare, aut *propter metum huius periculi temere indefensum ius suum relinquere.* ** Sie würden gewiß doch irgendwo die Regel gegeben haben, daß derjenige, welcher einen Prozeß führen will, die größte Sorgfalt vorher anwenden müsse, bey Strafe, im gegenseitigen Falle die Kosten bezahlen zu müssen: sie würden gewiß nicht blos verordnen, daß der *temerarius* litigator die Kosten erstatten solle, wenn auch der-

* l. 99. de R. I.

** l. 40. de haered. petit.

derjenige, welcher blos in culpa leuissima ist, zu dem Ersatze derselben verbunden seyn sollte. Denn wenn derjenige schon als ein guter Wirthschafter betrachtet wird, welcher den mittlern Grad des Fleißes anzuwenden pflegt,* wie kann man den, welcher diesen anwendet, und nur den äußersten Grad der Sorgfalt nicht angewendet hat, einen *temerarium* (Leichtsinnigen) nennen, wenn es nicht ausdrücklich bestimmt ist, daß derjenige schon als ein temerarius betrachtet werden soll, der nicht diligentissimus gewesen ist?

Nehmen wir hiezu die Bestimmungen, welche uns die Gesetze selbst an die Hand geben, so wird diese Behauptung der Gewißheit noch näher gebracht werden. Die einzige, etwas bestimmte Regel über den Grad des Fleißes, der bey der Prozeßführung erfoderlich ist, befindet sich in l. 42. de R. I., wo es heißt: nam plane, qui agit, certus esse debet; quum sit in potestate eius, quando velit, experiri: et ante debet rem *diligenter explorare*, et tunc ad agendum procedere. — Man soll vor Anfange des Prozesses seiner Sache gewiß seyn; aber welchen Grad der Gewißheit oder der Ueberzeugung seines Rechts muß man sich zu verschaffen suchen? — Denjenigen, der *diligentia adhibita* zu erlangen steht: das heißt, meinen Einsichten nach, nichts anders,

* *Hellfeld* iurisprud. forens. §. 322.

ders, als denjenigen Grad der Ueberzeugung, der durch den gewöhnlichen (mittlern) Grad des Fleißes erlangt werden kann. Sollte ein höherer Grad des Fleißes erfordert werden, so hätte doch dieses bey dieser Gelegenheit bestimmt werden können und müssen. Es würde gewiß gesagt seyn: et ante debet rem *diligentissime*, oder *summa* qua potest *diligentia* explorare; da die Gesetze in andern Fällen den Grad des Fleißes so bestimmt ausdrücken. * — Allein hier heißt es schlecht weg, es solle diligentia angewandt werden. — Ferner setzt die temeritas in dieser Materie eine *facilitatem* (Leichtsinn) einen *inconsultum* calorem ** voraus. Verdient aber der, welcher den gewöhnlichen Grad der Aufmerksamkeit angewandt hat, den Vorwurf des Leichtsinns oder eines inconsulti caloris? Ich glaube nicht!

Noch genauer wird die Bedeutung des Ausdrucks, temeritas litigandi, in l. 78. §. 2. de Legat II. bestimmt, wo es heißt: Nec aliud serua-

* Z. B. In rebus commodatis talis diligentia praestanda est, qualem quisque *diligentissimus* paterfamilias suis rebus adhibet: ita, vt tantum eos casus non praestet, quibus resisti non possit etc.

** --- temeritatem facilitatis veniam continere, et inconsultum calorem calumniae vitio carere. l. 1. §. 5. ad SCtum Turpill.

uabitur in litis sumtibus, *si ratio litigandi non fuit: ignauiam* etenim praetendentes audiri non oportere. * Derjenige also hat keine rationem litigandi, keine iustam litigandi caussam, der keinen Fleiß zur Erforschung der Gerechtigkeit seiner Sache angewandt hat: und ignauia muß der diligentia in l. 42. de R. I. entgegengesetzt werden. Ist daher derjenige, welcher nicht den gehörigen Fleiß bey dem Prozesse angewandt hat, schon ein *ignauus*, so kann unmöglich der höchste Grad des Fleißes erforderlich seyn. Denn sonst müßte nothwendig ignauia auch den mittlern Grad des Fleißes begreifen, da doch der Bedeutung des Worts gemäß, nur höchstens derjenige ignauus genannt werden kann, der nicht denjenigen Grad des Fleißes anwendet, welchen man gewöhnlich bey Geschäften fordert.

Derjenige ferner, welcher über eine zweifelhafte Sache gestritten hat, soll die Kosten nicht erstatten; ** und wann kann eine Sache zweifelhaft

* Eben das, was hier unter dem Ausdrucke: si ratio litigandi non fuit, verstanden wird, wird in l. 33. §. 8. C. de Episc. et Cler. durch die Worte: sine iusta caussa et legitima petitione ausgedrückt.

** l. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. exp. Nov. 82. c. 10. Auth. post iusiur. C. de Iudic. Hr. Postdir. Hennemann erklärt im 2ten Beytr. S. 26. fg. die angef. l. 5. §. 1. C. de fr. et lit exp. so, daß unter dem de re dubia litigante der non calumniator zu ver-

felhaft genannt werden? — Gewiß verdient sie der Regel nach diese Benennung schon alsdann, wenn eine Parthey sich nach angewandtem gewöhnlichem, d. h. mittlerm Fleiße, nicht hat überzeugen können, daß sie Unrecht habe, und folglich keinen andern Ausweg sah, als ihre Sache durch den Richter entscheiden zu lassen. Es kann ja bey dem Anklage-Prozesse der Angeklagte entbunden werden, und dennoch der Fall seyn, daß der Ankläger iustam ad crimen veniendi rationem gehabt habe. * Eben so kann ja auch der, wel-

verstehen, und daß folglich blos der calumniator in die Kosten zu verurtheilen sey. Allein ich glaube, daß er selbst in dieser zu weit ausgedehnten Erklärung dessen, qui de re dubia litigauit, seinen Behauptungen im ersten Beytr. widerspricht. Daselbst erklärt er S. 21. Nro. 2, diesen Ausdruck so: Es solle von der Erstattung der Kosten frey seyn; 2) „der, den der Richter nicht als Chicaneur, sondern „als einen, der über eine zweifelhafte Sache gestrit„ten hat, findet; — (also der, der Ursache hat„te, zu glauben, daß er nicht Unrecht habe, der „über eine Sache stritt, deren Ausfall wider ihn sich „mit Gewißheit, oder hoher, der Gewißheit naher „Wahrscheinlichkeit, nicht vorhersehen ließ.) — Um „aber Ursache zu haben, zu glauben, daß man „nicht Unrecht habe; dazu wird doch wohl mehr er„fordert, als blos nicht Chicaneur zu seyn, oder nur „minimam diligentiam angewendet zu haben.“ Vergl. oben §. 4.

* l. 3. C. de calumniat.

welcher einen Civil-Prozeß verlohren hat, iustam litigandi caussam gehabt haben; das heißt, er kann, nachdem er den in andern Geschäften gewöhnlichen Fleiß angewandt hat, überzeugt gewesen seyn, daß er Recht habe, oder daß seine Sache so zweifelhaft, so verwickelt sey, daß er ihre Entscheidung nothwendig dem Richter überlassen müsse. Soll dieser, wenn er sich in solchen Fällen desjenigen Rechts bedient, welches ihm die Gesetze verstatten, die Kosten allein tragen? blos deshalb, weil er vielleicht durch die äußerste Anstrengung des Fleißes, welche ihm die Gesetze nirgends vorgeschrieben haben, von seinem Unrechte sich hätte überzeugen können? — Ich glaube, daß der Richter allerdings den Vorwurf der Härte verdienen würde, der in solchem Falle den Ueberwundenen in die Kosten verurtheilen wollte. Der Richter darf ja ausdrücklich nicht härter seyn, als die Gesetze: ist nun kein Gesetz vorhanden, welches wegen der culpa leuissima die Erstattung der Kosten vorschreibt, womit kann sich der Richter entschuldigen, wenn er dennoch den Ueberwundenen in dieselben verurtheilt?

Aus allen diesen Gründen glaube ich nun behaupten zu dürfen, daß der Ausdruck, temerarius litigator, nur den bedeute, der den mittlern Grad des Fleißes nicht angewandt hat: und daß folglich nach dem römischen Rechte nur derjenige in die Kosten zu verurtheilen sey, welchem bey der Prozeßführung der mittlere Grad der

der Schuld zur Last fällt. Jetzt müssen wir sehen, ob das canonische Recht, oder unsere allgemeinen deutschen Gesetze, etwas anders darüber verordnen.

§. 14.

Das canonische Recht setzt nicht nur nirgends eine allgemeine Richtschnur über die Prozeßkosten fest, sondern bestätigt noch ausdrücklich die Verordnungen des römischen Rechts über diese Materie. * Alle Gesetze des canonischen Rechtes also, welche von dieser Materie reden, und in welchen nicht ausdrücklich eine Abweichung vom römischen Rechte festgesetzt, oder dasselbe näher bestimmt wird, müssen so erklärt werden, daß sie mit den allgemeinen Grundsätzen des römischen Rechts übereinstimmen: und wirklich sind auch alle hieher gehörige Stellen des canonischen Rechtes solche, wodurch zwar einzelne bey dieser Materie vorkommende Fälle bestimmt, keinesweges aber allgemeine, vom römischen Rechte abweichende Regeln festgesetzt werden. Zum Beweise dieses Satzes will ich hier nur diejenigen Gesetze, welche allgemein zu seyn scheinen, und zum Theil als allge-

 meine

* *Calumniam et audaciam temere litigantium condemnando in expensis*, et alio multiplici remedio *sanctio imperialis compescit. Quoniam igitur sacris institutis consonare dignoscitur*: praecipimus etc. c. 4. X. de poenis.

meine Verordnungen angenommen werden, mit wenigen Worten berühren.

Das wichtigste unter allen hieher gehörigen Gesetzen ist wohl unstreitig c. 8. X. de inj. et damno dato. Denn dieses sagt mit noch weit deutlichern Worten, als wir es in dem römischen Gesetzbuche erwähnt finden, daß die Prozeßkosten gar nicht mit dem Schadenersatze in Parallele gestellt werden könnten. — Auf diesen Grund ist die darin enthaltene Entscheidung gebauet, daß, wenn sogar jemand sich eidlich verbindlich gemacht hätte, keinen Schadenersatz zu fordern, darunter doch diese Kosten nicht mit begriffen wären, sondern, des Eides ungeachtet, gefordert werden könnten. * Wer nur einigermaßen bedenkt, wie viel nach dem canonischen Rechte ein eidliches Versprechen sagen will, wie schwer es hält,

* In nostra — praesentia proposuistis, quod olim ciues — (pro) restaurationibus damnorum illatorum ad inuicem, — plurimum aggrauati, statutum editum de non petendo vel recipiendo in posterum restaurationes huiusmodi a communi generaliter approbarunt, et firmarunt etiam iuramento. — *Cum* igitur *aliud sit damnorum restauratio, quam satisfactio expensarum: et ideo in iuramento exhibito super damnorum articulo intelligi non debeat, quod factum expensarum fuerit comprehensum:* mandamus, quatenus *(iuramento non obstante praedicto)* — prouideas, *quod* dictum commune — *ad expensarum satisfactionem (aliquid) contribuat* etc.

hält, gegen die Erfüllung desselben einige Einwendungen zu machen, den muß es sogleich einleuchtend seyn, daß Gregor IX., indem er diese Entscheidung gab, gewiß völlig überzeugt seyn mußte, daß die Prozeßkosten nicht nach gleichen Grundsätzen mit andern Schäden zu beurtheilen seyn, sondern, daß ihre Erstattung einen ganz andern Grund habe, der zunächst in der temeritate litigandi liegt. Da nun das canonische Recht, wie eben gezeigt worden, die Theorie des römischen Rechts, in Ansehung dieses Gegenstandes, völlig annimmt, so konnte auch der Grundsatz, daß die Erstattung der Kosten von der gewöhnlichen Schadenerstattung verschieden sey, unmöglich aus einer andern Quelle, als dem römischen Rechte hergenommen seyn, und es ist also dieses Gesetz ein Beweis mehr, daß nach dem Sinne des römischen Rechts die Kosten nicht, wie andere Schäden, nach den Grundsätzen des Aquilischen Gesetzes beurtheilt werden können.

Ein anderes Gesetz, welches unter die allgemeinen Verordnungen über diese Materie gerechnet wird, ist das schon angeführte c. 4. X. de poenis. Nachdem in demselben die Grundsätze des römischen Rechts über die Prozeßkosten bestätigt worden, wird darin blos der Fall entschieden, daß die Erstattung der Kosten nach obigen Grundsätzen, auch in caussis pecuniariis statt finden solle. *

* — — praecipimus, *ut* de caetero *in caussis pecuniariis victus, victori in expensis condemnetur* etc. Ver-

Es ist also in demselben nicht die allgemeine Verordnung enthalten, daß der überwundene Theil dem andern in der Regel die Kosten erstatten solle, sondern vielmehr zeigen die vorhergehenden schon angeführten Worte deutlich, daß bey der Verurtheilung in die Kosten nach den Grundsätzen des römischen Rechtes verfahren, und nach diesen Grundsätzen die Kostenerstattung auch in caussis pecuniariis erkannt werden solle.

Die übrigen, vom Hrn. Prof. Weber * sowohl, als vom Hrn. D. Emmrich ** zur Unterstützung ihrer Meinungen im Allgemeinen angeführten Gesetze des canonischen Rechts, sind nichts weniger als allgemeine Verordnungen, sondern gehen nur auf einzelne besondere Fälle, und es müssen daher die in denselben gebrauchten Ausdrücke jedesmal in Beziehung auf den besondern Fall erklärt werden, von welchem ein jedes Gesetz redet. Ich kann sie also hier füglich übergehen, und brauche nur

zu

Verglichen Hennemann, Beytrag 2. S. 69. folg.

* c. 36. X. de test. c. 59. X. de Appellat. c. 3. X. de eo, qui mitt. c. 27. C. 2. qu. 6. Hennemann, Beytr. 2. S. 72. fg.

** c. 2. u. 5. X. de dolo et contum. c. 3. X. de rescriptis.

zu bemerken, daß die in einigen derselben * gebrauchten Ausdrücke: malitia, dolus, excogitata malitia, audacias, allerdings sehr gut auf den Fall, der vorgetragen worden, passen, keinesweges aber beweisen, ** daß blos dolus oder culpa lata der Grund der Verurtheilung in die Kosten sey. Denn daß in c. 4. X. de poenis die temeritas litigandi eine audacia genannt wird, beweist nicht, daß nach der Meinung des canonischen Rechts blos culpa lata darunter verstanden werden solle. Denn theils bezieht sich dieses Gesetz ausdrücklich auf das römische Recht, und es muß daher angenommen werden, daß auch der Ausdruck temeritas litigandi im römischen Sinne hier genommen worden; theils aber würde obige Behauptung auch nicht einmal aus der Benennung audacia fließen. Nennen wir mit Gesner *** denjenigen einen temerarium, qui plus audet, quam oportet, so kann er auch sehr füglich mit dem Prädikate audax belegt werden: denn er unternimmt mehr, als er hätte unternehmen sollen; das heißt, er unternimmt etwas, das er nicht unternehmen durfte. Ist nun bey einem Geschäfte media diligentia erforderlich, so unternimmt ja schon derjenige, der diese nicht an-

* S. die sub. 4. und 5. hier angeführten Gesetze. u. c. 4. X. de poenis.

** vergl. Emmrich a. a. O. S. 32. fg.

*** vergl. Weber S. 32.

angewandt hat, etwas, das er nicht unterneh- men durfte, und ist mithin ein temerarius, oder, wenn wir wollen, audax zu nennen: und es kann daher die temeritas oder audacia mehr als culpam latam begreifen, * und dies ist gerade bey der temeritate litigandi der Fall. — Keinesweges aber verdient, selbst nach der Gesnerschen Erklärung des Worts, derjenige den Namen temerarius, ** der nach Anwendung des gesetzlich erforderten (im gegenwärtigen Falle mittlern) Fleißes, einen Prozeß unternimmt, gesetzt er verlöhre ihn auch. Denn sobald er mit der den Gesetzen gemäßen Aufmerksamkeit vorher die Gerechtigkeit seiner Sache zu erforschen bemüht gewesen war, hatte er das Recht, den Prozeß zu führen, und unternahm durch die Prozeßführung folglich nicht mehr, als er unternehmen durfte.

Daß unsere Reichsgesetze die Bestimmung der aufgenommenen Rechte in dieser Materie nicht verändert haben, ist zu bekannt, und in den Abhandlungen der Herren Weber, Hennemann und Emmrich schon so umständlich aus einander gesetzt, daß es überflüssig wäre, noch etwas darüber zu sagen. Ich kann also diese allgemeine Betrachtung hier füglich mit einer kurzen Dar- stel-

* vergl. Emmrich a. a. O. S. 107.

** vergl. Weber a. a. O. S. 32.

stellung meiner bis jetzt angeführten Grundsätze schliessen: daß nämlich die Erstattung der Prozeßkosten keine Strafe, sondern eine Art des Schadenersatzes sey; daß dieser Schadenersatz aber nicht, gleich dem damno iniuria dato, nach dem Aquilischen Gesetze beurtheilt werden könne, sondern seinen Grund in der temeritate litigandi habe: daß derjenige ein *temerarius litigator* sey, welchem bey der Prozeßführung *culpa leuis* zur Last falle; daß dieser Begriff der temeritatis litigandi nach unsern Gesetzen, weder enger noch weiter seyn könne; und daß folglich die Prozeßkosten in allen Fällen zu erstatten sind, wo dem überwundenen Theile der mittlere Grad der Schuld beygemessen werden kann; jedesmal aber compensirt werden müssen, sobald aus den Acten erhellt, daß der mittlere Grad des Fleißes vom Ueberwundenen zur Erforschung der Gerechtigkeit seiner Sache angewandt worden.

§. 15.

Ehe ich aber zu der Anwendung dieser allgemeinen Regeln auf die besondern, bey einem Prozesse vorkommenden Fälle, übergehe, muß ich zuvor noch die neueste, über diese Streitfrage geäusserte Meinung, die nämlich des Hrn. Geh. Justizraths Walch zu Jena, berühren. Derselbe

behauptet,* die Kostenerstattung sey keine Strafe, sondern ein Schadenersaß, zu welchem der Ueberwundene, wegen der temeritas litigandi, verbunden sey; es könne aber niemand der temeritas litigandi beschuldigt werden, dem nicht bey der Prozeßführung dolus oder culpa lata zur Last fiele. Hr. G. J. R. Walch vereinigt also gewissermaßen beyde widersprechende Systeme mit einander, indem er den Grund der Kostenerstattung aus dem Weberschen Systeme entlehnt, die Anwendung aber gänzlich nach den zu gelinden Regeln der Herren Hennemann und Emmrich gemacht wissen will. Ich bin nun im ersten Punkte, daß nämlich die Kostenerstattung eine Art des Schadenersaßes sey, gänzlich mit ihm einerley Meinung, daher ich auch diesen sogleich übergehe, und nur seine Gründe für den Saß, daß unter der temeritate litigandi blos dolus und culpa lata begriffen werde, mit wenigen Worten anführen will. Sie bestehen darin, daß

1) die Worte temerarius, temerator, temeritas, in den Gesetzen ** eine solche Bedeutung haben, welche nothwendig blos dolum und culpam latam begreifen könne;

2)

* in der dritten Aufl. seiner Introductio in controuersias iuris ciuilis (Ienae 1791) S. 770. fg.

** l. 7. ad. L. Iul. maiest. l. 1. ad SCtum Turpill. l. 29. ad L. Corn. de falsis L. vlt. de furtis.

2) daß in l. 33. §. 8. C. de Episc. et Cler. die Kostenerstattung deshalb dem temerario litigatori auferlegt werde, *vt impudens calumniantium refrenetur audacia:* auch in §. 1. I. de poena tem. litig. der improbus litigator die Kosten erstatten solle: und beyde Ausdrücke nur auf denjenigen gedeutet werden könnten, der in dolo oder culpa lata sey;

3) daß selbst aus dem iuramento calumniae, welches gleichfalls eingeführt sey, um die temeritatem bey der Prozeßführung einzuschränken, * erhelle, daß weiter nichts als dolus und culpa lata unter derselben begriffen werden könne. Der streitende Theil müsse schwören, daß er glaube, eine gerechte Sache zu haben, und lehne folglich durch diesen Eid nur den Argwohn einer wissentlich ungerechten Prozeßführung von sich ab. Da nun die Erstattung der Kosten zu demselben Zwecke eingeführt sey, so könne auch niemand eher zu derselben verurtheilt werden, als wenn ihm ein dolus oder eine durch den äußersten Grad der Schuld veranlaßte Unwissenheit zur Last fiele. **

Allein diese Gründe, glaube ich, halten eine strenge Prüfung eben so wenig aus, als die der Herren Hennemann und Emmrich; denn sie sind größtentheils dieselben.

Was

* pr. I. de poena tem. litig.

** vergl. Hennemann Beytr. 2. S. 62. g)

Was ad 1) die Bedeutung des Wortes temere in den angeführten Gesetzen betrifft, so folgt daraus nur höchstens so viel, daß es ein Wort sey, welches nach Verschiedenheit der Verbindungen, in welchen es vorkommt, auch in verschiedener Bedeutung gebraucht wird. In l. 7. ad L. Iul. maiest. und l. 29. de L. Corn. de falsis ist von ganz andern Geschäften die Rede, und es können diese daher in gegenwärtiger Materie nichts beweisen. In l. 1. ad SCtum Turpill. wird die temeritas litigandi durch facilitatem et inconsultum calorem beschrieben; welcher Grad der Schuld aber unter der facilitate verstanden werde, wird hier nicht bestimmt, und läßt sich daher nicht anders, als durch die Vergleichung mit andern Gesetzen, ausmachen. * L. vlt. de furtis bestimmt blos, daß derjenige, welcher einen andern temere eines Diebstahls wegen belangt habe, Bestrafung verdiene; bestimmt aber nicht, welcher Grad der Schuld unter der temeritate verstanden werde. Wollte man aber durch Argumente den Grad der Schuld, welcher darunter verstanden werde, aus diesem Gesetze herleiten, so, glaube ich, würde es gerade für die entgegengesetzte Meinung angeführt werden können. Denn man sollte doch denken, daß, ehe einer einen andern eines Diebstahls wegen anklagen könne, er mehr, als minimam diligentiam,

* vergl. übrigens oben §. 2 und 3.

tiam, anwenden müsse, um sich zu überzeugen, ob die Gründe für die Beschuldigung wichtig genug seyn, um darauf die Anschuldigung eines solchen Verbrechens gründen zu können.

Ad 2) Es läßt sich wohl nicht behaupten, daß in l. 33. §. 8. C. de Episc. et Cler. der Ausdruck impudens audacia auf die temeritatem zu ziehen sey. Diese wird hier ganz besonders, und ohne solche gehässige Beschreibung angeführt; denn es heißt: ne cui *temeritas* sua lucratiua concedatur, et vt impudens *calumniantium* refrenetur audacia etc. Es wird also die temeritas ausdrücklich von der *impudenti calumniantium audacia* unterschieden, * und es kann daher dieses nicht auf jene gezogen werden, so lange man nicht behauptet, daß calumnia mit der temeritate gleichbedeutend sey.

Eben so wenig beweist der äußerst unbestimmte Ausdruck, *improbus* litigator, in §. 1. I. de poena tem. litig. Nehmen wir ihn für gleichbedeutend mit temerarius an, so muß er mit den übrigen von dieser Materie handelnden Gesetzen in Verbindung gestellt, und daraus der Grad der Schuld bestimmt werden, welcher unter der improbitate oder temeritate begriffen wird.

Ad

* gerade so, wie in l. 1. §. 5. ad SCtum Turpill.

Ad 3) Aus dem Eide für Gefährde läßt sich gleichfalls kein Schluß auf denjenigen Grad der Schuld machen, aus welchem die Verbindlichkeit zu Erstattung der Prozeßkosten entsteht. Der Ausdruck, temeritas, in pr. I. de poena tem. litig. begreift hier im Allgemeinen alle Arten der unrechtmäßigen Prozeßführung, also sowohl die Chicane, als die eigentliche temeritatem litigandi, und bestimmt, daß, um die temerarios litigatores vom Prozessiren abzuhalten, sowohl der Eid für Gefährde, als die Erstattung der Kosten u. s. w. eingeführt sey. Durch den Eid für Gefährde wird der Verdacht einer wissentlich ungerechten Prozeßführung abgewandt; da aber nach andern, schon vielfältig angeführten Gesetzen, * die eigentliche temeritas von der calumnia unterschieden ist, so folgt, daß, da die calumnia nur den dolum begreift, die temeritas nothwendig einen gewissen Grad der Schuld begreifen müsse, und daß folglich durch den Eid für Gefährde noch nicht der Verdacht derjenigen Schuld abgewendet werde, welche einen Grund zur Verurtheilung in die Kosten giebt. ** Welcher Grad der Schuld dieses aber sey, wird in diesem Titel der Institutionen nicht bestimmt, und es müssen daher zu dieser Bestimmung andere, deutlicher davon redende Gesetze genommen wer-

* Z. B. l. 1. §. 4. 5. ad SCtum Turpill.

** vergl. Emmrich a. a. O. §. 74.

werden, aus welchem, wie ich mich zu zeigen bemühet habe, folgt, daß der mittlere Grad der Schuld bey der Prozeßführung prästirt werden müsse. *

§. 16.

Ich komme nun zu der Anwendung der bisher ausgeführten allgemeinen Theorie, auf die einzelnen besondern Fälle, welche bey Prozessen vorkommen.

Sehen wir auf den Grund selbst, aus welchem der Ueberwundene den Prozeß verlohr, so besteht dieser darin, daß er entweder in einer Thatsache, oder in Rechtsgrundsätzen geirrt, oder dieselben nicht gewußt hatte.

Hat

* Ueberdem heißt es in pr. Instit. de poena temere litig. ausdrücklich, die in diesem Titel angegebenen Mittel wären deshalb eingeführt, ne *facile* homines ad litigandum procederent. Da nun der Eid für Gefährde blos den Verdacht des doli abwendet, so muß gegen die facilitas (temeritas) wohl ein anderes Mittel eingeführt seyn. Dieses ist die Erstattung der Prozeßkosten, und es kann daher improbus litigator hier nicht anders, als durch temerarius (oder *nimis facilis*) beschrieben werden ꝛc. Nimis facilis aber ist ein solcher, welcher nicht die den Gesetzen gemäße Aufmerksamkeit auf sein Geschäft gewandt hat. Hieraus folgt also schon, daß der Ausdruck improbus hier nicht blos vom Chicaneur zu verstehen sey, sondern daß derselbe eine weitläuftigere, durch andere Gesetze bestimmte Bedeutung haben müsse.

Hat er eine Thatsache nicht gewußt oder mißverstanden, so kommt es darauf an, ob diese Thatsache eine eigene Handlung desselben gewesen oder nicht. Im ersten Falle hat er, einige wenige Ausnahmen abgerechnet, gar keinen Entschuldigungsgrund. Jeder ist schuldig, seine eigenen Handlungen und die wahre Meinung derselben zu wissen, * und es zeigt daher allezeit die äußerste Nachlässigkeit oder gar Chicane an, wenn jemand sich mit einem Irrthume oder gar einer Unwissenheit derselben entschuldigen will, oder dagegen unerhebliche oder ungegründete Einreden vorbringt. Ein solcher verdient daher nicht die geringste Nachsicht, sondern sehr oft noch außer der Erstattung der Kosten eine besondere Strafe, welche auch in verschiedenen Gegenden gesetzlich eingeführt ist. ** Die hieher gehörigen Ausnahmen haben Hr. Prof. Weber und Hr. D. Emmrich schon angeführt, *** und sie werden auch noch an ihrem Orte mit erwähnt werden.

Außerdem muß man sich durch l. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. exp. **** nicht verleiten las=

* arg. l. 15. C. de rescind. vendit.

** vergl. Emmrich a. a. O. S. 143. fg.

*** Weber a. a. O. S. 57. Emmrich S. 146.

**** Si quis vero conuentus bona fide soluerit, aut actor lite destiterit, — — hic euitabit impensarum compensationem.

lassen zu glauben, daß ein jeder Kläger, der nach gehörter Antwort des Beklagten den Prozeß fallen läßt, oder ein jeder Beklagter, welcher sich sogleich nach erhobener Klage zur Entrichtung seiner Schuldigkeit willig finden läßt, deshalb von der Erstattung der Kosten auch in dem Falle frey wären, wenn der Prozeß über ihre eigene Handlungen geführt worden. Denn wenn jemand seinen Anspruch oder Einreden auf ein factum proprium gründet, von welchem er sogleich durch die Antwort des Gegners überführt wird, daß es unwahr gewesen, oder wenigstens den daraus gemachten Anspruch nicht begründen könne, so kann er auf keine Weise auf die Vergleichung der Kosten einige Rechnung machen. Er mußte, ehe er den Anspruch oder die Einrede vorbrachte, wissen, daß die Handlung nicht wahr, oder wenigstens von der Art sey, daß seine Behauptung durch dieselbe nicht dargethan werden könne. Gründete er seine Behauptung dennoch darauf, so trifft ihn der Vorwurf der Chicane, oder doch einer solchen Nachlässigkeit, welche ihn zur Erstattung der Kosten verbindlich macht. Eben dieses ist der Fall, wenn der Beklagte, der aus einer eignen Handlung belangt wird, sich sogleich nach angestellter Klage zur Leistung seiner Schuldigkeit erbietet. Denn derjenige, der es weiß, oder wissen muß, daß er etwas zu leisten schuldig ist, dasselbe aber nicht eher leistet, als bis er deshalb gerichtlich belangt worden, veranlaßt offenbar muthwilligerweise seinem Gegner unnö-

thige Kosten. Er ist nicht in der nach dem Gesetze ausdrücklich erforderten bona fide, und ist daher, seiner Chicane wegen, unwidersprechlich zur Erstattung der Kosten verbunden. Ein anders wäre der Fall, wenn der Kläger den Beklagten gar nicht außergerichtlich an die Erfüllung seiner Schuldigkeit erinnert, oder ihn zwar daran erinnert, indeß aber, ohne seine Erklärung abzuwarten, auch sogleich eine Klage gegen ihn angestellt hat. Wenn nun der Beklagte sogleich im ersten Termine seine Schuldigkeit anerkennt, und erweisen kann, daß der Kläger ihn außergerichtlich nicht gemahnt, oder ihm nicht Zeit gelassen, der außergerichtlichen Erinnerung ein Genüge zu thun, so bin ich der Meinung, daß in diesem Falle der Kläger dem Beklagten die Kosten erstatten müsse. Es ist hier kein Grund zu der Compensation vorhanden. Der Kläger verursachte unstreitig durch das zu frühzeitige Anbringen der Klage muthwillig Kosten, welche vermieden werden konnten, wenn er dem Beklagten die gehörige Zeit gelassen hätte. Es kann ihn also nichts von der Erstattung derselben befreyen. * Ist aber zu der Erfüllung der Verbind-

* Hr. D. Emmrich stimmt S. 150. in diesem Falle für die Compensation der Kosten, mit Beystimmung der daselbst angeführten Rechtslehrer, und der Cellischen Ober-Appellat. Ger. Ordnung. Allein ich glaube aus den angezeigten Gründen nicht, daß ein rechtmäßiger Grund der Compensation da sey.

bindlichkeit ein gewisser Termin festgesetzt gewesen, so bedarf es keiner außergerichtlichen Erinnerung, * und der Schuldner kann sich nicht beschweren, wenn er sogleich, nach verstrichenem Termine, gerichtlich belangt wird, und die Kosten erstatten muß.

So wenig man übrigens eine eigene Handlung fälschlich behaupten darf, eben so wenig Nachsicht verdient derjenige, der seine eigene Handlung freventlich leugnet. Billig aber ist die Partey mit Erstattung der Kosten zu verschonen, deren Anwald ihr factum proprium ohne ihr Vorwissen abgeleugnet hat, und von dessen Richtigkeit hernach überführt wird. Der Vorwurf der Chicane trifft hier nicht die Partey, sondern den Anwald, und dieser müßte daher dem Gegentheile die Kosten erstatten. **

§. 17.

Gründet sich der Prozeß auf eine fremde Thatsache, so kommt es darauf an, wer den Beweis derselben zu führen hatte; *** und die allgemeine, in den Gesetzen bestätigte Regel, ist für diesen

* l. 12. C. de contrah. et committ. stipulat. *Walch* controv. iur. ciu. edit. nouiss. p. 517.

** vergl. Emmrich l. c. S. 148.

*** vergl. Weber l. c. S. 58. fg. und Emmrich §. 30. fg.

sen Fall folgende: Der Kläger, welcher den Beweis einer fremden Thatsache, worauf seine Klage beruhet, nicht so führen kann, als es zur Begründung der Klage nothwendig ist, muß die Kosten erstatten; der Beklagte hingegen, welcher das Recht hat, den Beweis vom Kläger zu erwarten, ist nicht schuldig, dem Kläger nach geführtem Beweise die Kosten zu vergüten, wenn nicht aus den Acten erhellet, daß er wider besseres Wissen die gegenseitige Behauptung geleugnet, oder durch die Anwendung des mittlern Fleißes die Wahrheit derselben außergerichtlich habe erforschen können. Stützt aber der Beklagte seine Einreden auf eine fremde Thatsache, so trit er, in Ansehung dieser, in die Rechte und Verbindlichkeiten des Klägers, und ist daher, wenn er diese Thatsache nicht beweisen kann, in die Kosten zu verurtheilen.

Selbst unsere Gesetze bestätigen diesen Unterschied zwischen dem Kläger und Beklagten in l. 42. de R. I. mit den Worten: Qui in alterius locum succedunt, *iustam habent caussam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur.* Fideiussores quoque non minus, quam haeredes, iustam ignorantiam possunt allegare. *Haec ita* de haerede dicta sunt, *si cum eo agetur: non etiam, si agat: nam plane, qui agit, certus esse debet;* cum

eum sit in potestate eius, quando velit, experiri: et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.

Hr. D. Emmrich * behauptet zwar, daß nicht in allen Fällen der, wegen nicht erwiesener Thatsachen Sachfällige, in die Kosten zu verurtheilen sey, weil er, ungeachtet des ermangelnden völligen Beweises, in bona fide gewesen seyn, und dasjenige, was wegen des nicht geführten Beweises als förmlich unwahr habe anerkannt werden müssen, dennoch öfters wirklich wahr gewesen seyn könne. — Ich gebe es freylich zu, daß dieses öfters der Fall seyn mag. Allein derjenige, der einen Prozeß anfängt, oder überhaupt in einem Prozesse eine Behauptung vorbringt, muß doch das Geschäft, welches er dadurch unternimmt, kennen; d. h. er muß wissen, daß er dasjenige, was er vor Gericht behauptet, beweisen müsse, und daß, im Fall er den Beweis nicht führen kann, er den Prozeß verliehre, wenn auch seine Behauptung, an sich betrachtet, wahr wäre. Es ist daher seine Schuldigkeit, sich vorher, ehe er die Behauptung vorbringt, nach den gehörigen Beweismitteln umzusehn, und sie zu prüfen, ob sie von der Art sind, daß er damit einen gerichtlichen Beweis führen könne. Er mußte also vorher schon wissen, ob es ihm mög-

* am angef. Orte. S. 164. fg.

sen Fall folgende: Der Kläger, welcher den Beweis einer fremden Thatsache, worauf seine Klage beruhet, nicht so führen kann, als es zur Begründung der Klage nothwendig ist, muß die Kosten erstatten; der Beklagte hingegen, welcher das Recht hat, den Beweis vom Kläger zu erwarten, ist nicht schuldig, dem Kläger nach geführtem Beweise die Kosten zu vergüten, wenn nicht aus den Acten erhellet, daß er wider besseres Wissen die gegenseitige Behauptung geleugnet, oder durch die Anwendung des mittlern Fleißes die Wahrheit derselben außergerichtlich habe erforschen können. Stützt aber der Beklagte seine Einreden auf eine fremde Thatsache, so trit er, in Ansehung dieser, in die Rechte und Verbindlichkeiten des Klägers, und ist daher, wenn er diese Thatsache nicht beweisen kann, in die Kosten zu verurtheilen.

Selbst unsere Gesetze bestätigen diesen Unterschied zwischen dem Kläger und Beklagten in l. 42. de R. I. mit den Worten: Qui in alterius locum succedunt, *iustam habent caussam ignorantiae, an id, quod peteretur, deberetur.* Fideiussores quoque non minus, quam haeredes, iustam ignorantiam possunt allegare. *Haec ita* de haerede dicta sunt, *si cum eo agetur: non etiam, si agat: nam plane, qui agit, certus esse debet;*

cum

cum sit in potestate eius, quando velit, experiri: et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.

Hr. D. Emmrich * behauptet zwar, daß nicht in allen Fällen der, wegen nicht erwiesener Thatsachen Sachfällige, in die Kosten zu verurtheilen sey, weil er, ungeachtet des ermangelnden völligen Beweises, in bona fide gewesen seyn, und dasjenige, was wegen des nicht geführten Beweises als förmlich unwahr habe anerkannt werden müssen, dennoch öfters wirklich wahr gewesen seyn könne. — Ich gebe es freylich zu, daß dieses öfters der Fall seyn mag. Allein derjenige, der einen Prozeß anfängt, oder überhaupt in einem Prozesse eine Behauptung vorbringt, muß doch das Geschäft, welches er dadurch unternimmt, kennen; d. h. er muß wissen, daß er dasjenige, was er vor Gericht behauptet, beweisen müsse, und daß, im Fall er den Beweis nicht führen kann, er den Prozeß verliehre, wenn auch seine Behauptung, an sich betrachtet, wahr wäre. Es ist daher seine Schuldigkeit, sich vorher, ehe er die Behauptung vorbringt, nach den gehörigen Beweismitteln umzusehn, und sie zu prüfen, ob sie von der Art sind, daß er damit einen gerichtlichen Beweis führen könne. Er mußte also vorher schon wissen, ob es ihm mög-

* am angef. Orte. S. 164. fg.

lich sey, den Beweis auf die gesetzmäßige Art zu führen; und fand er, daß er dieses nicht könne, so mußte er, gesetzt auch, daß seine Behauptung richtig gewesen wäre, dieselbe nicht gerichtlich vorbringen; weil er es vorher wissen konnte, daß er dadurch seinen Zweck nicht erreichen könne. Bringt er demungeachtet eine solche Behauptung vor, so kann es zwar seyn, daß er nicht in mala fide ist, er hat aber dennoch etwas unternommen, was er nach der vorgeschriebenen Ordnung des Prozesses nicht unternehmen konnte, (plus ausus est, quam oportuit). Er ist daher allezeit wenigstens in culpa leui, und muß, als ein temerarius litigator, die Prozeßkosten erstatten.

Ist aber ein Prozeß von der Art, daß das Recht, über welches geklagt wird, auf einer, zwar von beyden Theilen anerkannten, von jedem aber anders erklärten, Thatsache beruhet, so kommt es auf die Gründe an, die jeder Theil für seine Erklärung vorzubringen hat. Die Parteyen verdienen alsdann schon weit mehrere Nachsicht, weil es oft schwer ist, ein solches factum intricatum gehörig zu erklären. * Nimmt man die Menschen, wie sie sind, so muß man gestehen, daß es äußerst schwer hält, ehe jemand sich von einer für vernünftig gehaltenen Meinung, die noch

* Facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallit. l. 2. de I. et F. ignor.

noch dazu mit seinem Interesse verwebt ist, überzeugen kann, daß sie nicht die richtige sey. Es ist daher gewiß meistentheils der Fall, daß unter diesen Umständen beyde Parteyen nach bester individueller Ueberzeugung reden, und deshalb immer sehr schwer auszumachen, ob eine derselben temere gestritten habe. Hr. D. Emmrich * behauptet daher gewiß mit Recht und mit Beystimmung der Gesetze, ** daß im Allgemeinen die Kosten eines über die Erklärung einer solchen dunkeln und verwickelten Thatsache entstandenen Prozesses compensirt werden müssen. Es kann auch keine Partey sich dabey über Unbilligkeit beschweren. Denn wenn der Fall, wie vorausgesetzt ist, wirklich dunkel war, so ist es höchst wahrscheinlich, das eine jede Partey in Ansehung ihrer Behauptungen in bona fide gewesen, und daß sie ungeachtet des, auf die Untersuchung der Sache verwandten Fleißes, sich von der Richtigkeit der gegenseitigen Meinung nicht habe überzeugen können. Es konnte folglich ohne richterliche Entscheidung nicht ausgemacht werden, welche Erklärung der andern vorzuziehen sey; und es läßt sich daher nicht behaupten, daß eine Partey ihr Recht, die Sache dem Richter vorzutragen, und von diesem, nach reiflicher Untersuchung,

* a. a. O. S. 161. fg.

** l. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. exp. Auth. post iusiur. C. de iud. Nov. 82. c. 10.

entscheiden zu lassen, welche der beyden Erklärungen die richtigere sey, gemißbraucht habe. Was ist nun unter diesen Umständen billiger, als daß jede Partey ihr Theil zu den Kosten trage, welche zur Erlangung dieser richterlichen Entscheidung aufgewandt werden mußten?

Nur muß man mit diesem Falle nicht den verwechseln, wenn eine Partey eine fremde Thatsache gegen den gewöhnlichen Sinn derselben erklären will. Denn in diesem Falle ist die Vermuthung für die gewöhnliche Bedeutung, und die Partey, welche eine andere Erklärung zur Behauptung ihres Rechts vorbringt, ist schuldig dieselbe zu beweisen. Es müssen daher die Regeln, welche überhaupt von dem geführten oder nicht geführten Beweise gelten, auch hier in Anwendung gebracht werden.

Dieses wären die allgemeinen Grundsätze, nach welchen der Kostenpunkt in dem Falle zu entscheiden ist, wenn ein Prozeß über eine fremde Thatsache geführt worden. Da indeß Hr. D. Emmrich §. 33. noch verschiedene besondere Fälle durchgeht, so wird es nicht überflüssig seyn, auch diese hier noch zu berühren.

1) Es ist ganz richtig, und folgt schon aus den eben vorgetragenen Grundsätzen, daß derjenige, der nicht einmal halb bewiesen hat, die Kosten dem Gegentheile erstatten müsse.

2) Aber auch derjenige, wecher nur Einen, wenn gleich unverwerflichen Zeugen, für sich producirt, oder sonst den Beweis halb geführt hat, kann, wenn er nicht im Stande ist, den Beweis vollständig zu machen, nicht, wie Hr. D. Emmrich meint, deshalb auf die Compensation der Kosten Anspruch machen. Denn da er vor dem Anfange des Prozesses wissen mußte, daß ihm der Beweis des streitigen facti obliege, und was zu einem gerichtlichen Beweise erforderlich sey, so konnte und mußte er auch vorher wissen, daß er durch den halben Beweis den Grund seiner Behauptung nicht rechtsgültig darthun könne, und folglich mit derselben ganz zurückbleiben. Brachte er sie demungeachtet vor, obgleich er wissen konnte und mußte, daß er sie nicht gehörig beweisen könne, so beobachtete er nicht die zu einem Prozesse gehörige Vorsicht; er handelte folglich temere, und muß deshalb dem Gegner die Kosten erstatten. *

Wenn hingegen der Beweis vollständig geführt, nachher aber durch den Gegenbeweis

* Hr. Emmrich hat zwar für seine Meinung verschiedene Provinzial=Prozeßordnungen angeführt, allein diese können hier nichts entscheiden, wo vom allgemeinen Rechte die Rede ist; und die opiniones doctorum beweisen vollends nichts bey einem Satze, der nicht von der Meinung der Rechtsgelehrten, sondern von richtigen Rechtswahrheiten selbst abhängen muß.

entkräftet ist, so scheint schon weit mehr Grund zu der Compensation der Kosten zu seyn: indessen würde ich doch Bedenken tragen, auf dieselbe in allen Fällen zu erkennen. Man muß, meiner Ueberzeugung nach, unterscheiden, ob der Sachfällige von dem facto, welches durch den Gegenbeweis dargethan ist, vor dem Prozesse unterrichtet seyn konnte und mußte, oder ob er sich von der Wahrheit desselben eher, als nach geführtem Gegenbeweise, nicht unterrichten konnte, oder wenigstens dazu nicht verbunden war. Im ersten Falle wird er die Kosten erstatten müssen, im andern aber kann er mit Grunde auf die Compensation derselben rechnen.

3) Daß in dem Falle, wenn einer aus einer wirklichen Thatsache geklagt hat, aber auf die Einwendung seines Gegners, von deren Grunde er nur durch die richterliche Untersuchung hat überzeugt werden können, mit seiner Klage abgewiesen wird, die Kosten compensirt werden müssen, ist sehr richtig. Nur muß die Einschränkung, daß der Grund der gegenseitigen Einwendungen nur durch richterliche Untersuchung auszumachen gewesen, wohl dabey bemerkt werden. Konnte und mußte der Kläger die Wahrheit der gegenseitigen Einwendungen auch außergerichtlich wissen, so kann die Compensation der Kosten nicht statt finden. Es ist daher das von

Hrn.

Hrn. D. Emmrich bey diesem Falle gegebene Beyspiel nicht bestimmt genug. Denn wie oft ist es nicht der Fall, daß der Kläger die eingewandte Solution oder Acceptilation auch außergerichtlich wissen konnte und mußte; und alsdann kann ihn nichts von der Erstattung der Kosten befreyen. Bestimmter hätte dieser Fall so gegeben werden können, daß die Kosten compensirt werden müßten, wenn ein Erbe aus einem in der Erbschaft gefundenen instrumento obligatorio klagt, und alsdann gegen ihn eine der angegebenen Exceptionen bewiesen wird. Dieser brauchte, unsern Rechten nach, das factum der Exception nicht zu wissen, und ohne Beweis als wahr nicht anzunehmen. * Zögert aber der Beklagte mala fide mit der Production eines Instruments, wodurch er den Kläger gleich zu Anfange des Prozesses, oder noch vor dem Anfange desselben, außergerichtlich von dem Ungrunde seiner Klage überzeugen konnte, so muß er billig dem Kläger die ihm unnöthiger Weise verursachten Kosten erstatten. **

4) Auch in dem Falle müssen die Kosten compensirt werden, wenn jemand wegen einer Thatsache eines Dritten, z. E. des Erblassers, belangt wird, und sich von der Richtigkeit der Kla-

* arg. l. 42. de R. I.

** vergl. Emmrich S. 169.

Klage außergerichtlich nicht überzeugen konnte. *
Nicht aber ist dieses, wie Hr. D. Emmrich
meint, auch alsdann der Fall, wenn ein Erbe ꝛc. einen andern aus einer fremden Handlung belangt, und erst durch die richterliche Untersuchung von dem Ungrunde derselben überzeugt wurde. Hier kommt es allezeit darauf an, ob der Kläger den Beweis der fremden Handlung, auf welche er seine Klage stützte, zu führen hatte oder nicht. Lag ihm der Beweis ob, so kann er, wofern er ihn nicht zu führen im Stande ist, auf die Compensation der Kosten keine Rechnung machen, sondern muß sie billig erstatten. **

5. u. 6) Daß aber alsdann die Kosten compensirt werden, wenn der Beweis deshalb nicht geführt werden kann, weil entweder die Zeugen gestorben, oder auch die Documente ohne Verschulden des Beweisführers verlohren gegangen sind, ist ganz der Billigkeit gemäß. Es kann demjenigen, der aus einer solchen Ursache den Beweis nicht führen kann, unmöglich zur Last gelegt werden, daß er temere

* l. 42. de R. I.

** Haec ita de haerede dicta sunt, si cum eo agetur; *non etiam, si agat:* nam plane, qui agit, *certus esse debet;* cum sit in potestate eius, quando velit experiri: et ante debet rem diligenter explorare, et tunc ad agendum procedere.

mere gestritten habe. Er nannte seine Beweisthümer, und würde sie producirt haben, wenn der unvorhergesehene Zufall ihn nicht daran verhindert hätte; und diesen zu prästiren verbindet ihn kein Gesetz und keine Billigkeit.

7) Ein anderer Fall aber ist der, wenn jemand Zeugen producirt, die ihm außergerichtliche Versicherungen von der Wahrheit der zu beweisenden Thatsache gegeben haben, bey dem gerichtlichen Verhöre aber entweder das erwartete Zeugniß nicht ablegen, oder gar das Gegentheil ihrer außergerichtlichen Versicherungen behaupten. Hier wird es darauf ankommen, ob der, wegen des verfehlten Beweises Sachfällige in culpa leui sey, das heißt, ob er mediam diligentiam zur Erforschung der Frage angewandt habe, ob die Zeugen zum Beweise der Sache tauglich wären oder nicht. Im ersten Falle ist er mit der Erstattung der Kosten zu verschonen, im andern aber muß er sie erstatten. Zum mittlern Fleiße wird in diesem Falle erfordert, daß er vorher, so viel als möglich, zu erforschen suche, ob die Zeugen ihre außergerichtlichen Behauptungen ernstlich gemeint haben, und ob sie den Umständen nach diejenige Wissenschaft von der Sache haben konnten, welche zu dem verlangten Zeugnisse erforderlich war, oder ob sie vielleicht außergerichtlich leichtsinniger Weise Behauptungen

gen vorbrachten, von deren Gewißheit sie den Umständen nach nicht so überzeugt seyn konnten, daß sie dieselben als Wahrheit eidlich hätten aussagen können? Hat der Sachfällige vor der Production der Zeugen diese Untersuchung nicht angestellt, so kann ihn nichts von der Erstattung der Kosten frey sprechen, denn er hat nicht denjenigen Fleiß zur Erforschung der Wahrheit angewandt, den er hätte anwenden sollen und können. — Hat er aber, so viel in seinem Vermögen stand, diese Frage untersucht, und es fällt das Zeugniß dennoch gegen ihn aus, so ist nichts billiger, als daß nicht er, sondern die Zeugen in die Prozeßkosten verurtheilt werden. Denn nur sie sind durch ihre trügliche außergerichtliche Behauptungen Schuld an dem Prozesse. Der Sachfällige würde denselben nicht geführt haben, wenn sie nicht jene Behauptungen gegen ihn geäußert hätten. Er wußte, sie könnten die Sache wissen, und mußte ihnen daher das glauben, was sie außergerichtlich, und nicht im Scherze, gegen ihn darüber äußerten. Wurde er also von ihnen hintergangen, so war es nicht seine Schuld, und die Zeugen müssen billig die durch ihre trüglichen Behauptungen verursachten Kosten bezahlen. — Nicht aber ist dieses alsdann der Fall, wenn der Sachfällige nicht vorher gewiß war, daß die Zeugen von der Sache die gehörige Wissenschaft haben konnten. Denn wie oft findet man nicht, vorzüglich

lich unter der geringern Klasse von Leuten, Personen, die etwas als gewiß behaupten, das ihnen wahrscheinlich ist, ohne daß sie deswegen von der Gewißheit ihrer Behauptung so überzeugt sind, noch auch so überzeugt seyn können, daß sie dieselbe eidlich zu bestärken im Stande wären. Hier wäre es äußerst hart, wenn wegen solcher, öfters ohne weiteres Nachdenken geäußerter, Behauptungen jemand zum Zeugen aufgefordert würde, und wenn er sie in der Maße, als er sie vielleicht im gesellschaftlichen Gespräche geäußert, nicht beschwören könnte, sogleich in die Kosten verurtheilt werden sollte. Es ist blos die Schuld des Producenten, daß er nicht vorher die Untersuchung anstellte, ob die Zeugen auch wirklich von der Sache so genau unterrichtet seyn könnten, als sie es ihren Aeußerungen nach zu seyn schienen: und erst alsdann, wenn er gewiß war, die Zeugen müßten ihn entweder außergerichtlich wider besseres Wissen hintergangen haben, oder aber das erforderliche Zeugniß ablegen können, durfte er sie produciren. Er kann sich daher nicht beschweren, wenn er die Kosten deshalb tragen muß, weil er diese Untersuchung nicht vorher angestellt hat. * — Aber, wird man mir mit Recht einwenden, der

* nam plane, qui agit, certus esse debet — l. 42. de R. I.

der Richter kann es nicht immer beurtheilen, ob die Zeugen in mala fide gewesen sind oder nicht. — Gut! Alsdann ist die Vermuthung des Leichtsinns gegen den Sachfälligen, und er ist daher in die Kosten zu verurtheilen; jedoch muß ihm der Regreß deshalb gegen die Zeugen nicht benommen seyn, und diese angehalten werden, ihm die Kosten wieder zu erstatten, wenn er ihnen bewiesen hat, daß sie sie ihn wider besseres Wissen hintergangen haben.

8) Daß das unerwiesene Gerücht den Unterliegenden von der Erstattung der Kosten nicht befreyen könnte, ist sehr richtig. Denn dieser wußte, daß er seine Behauptung würde beweisen müssen, und durfte daher dieselbe nicht eher vorbringen, als bis er hinlängliche Beweise hätte. Fehlte es ihm nun an Beweisen, womit er die Wahrheit des Gerüchts unterstützen konnte, so unternahm er etwas, das er den Rechten nach nicht unternehmen durfte. Er handelte folglich temere, und muß deshalb dem Gegner die Kosten erstatten.

Alle diejenigen Regeln, welche in Ansehung der Prozeßkosten statt finden, wenn der Streit eine fremde Thatsache betrifft, müssen auch auf den Fall angewendet werden, wenn jemand sich in einer Unwissenheit ꝛc. einer eigenen Thatsache befindet, welche den Rechten nach ihm nicht beygemessen werden kann. Hieher gehört vorzüg-

lich

lich der Fall, wenn jemand überhäufter Geschäfte, oder hohes Alters wegen, schwer zu behaltende, oder schon lange geschehene Handlungen vergessen hat. *

§. 18.

Bey dem Falle, daß eine Partey dem Prozesse entsagt, ohne das Endurtel abzuwarten, ist, glaube ich, Hrn. D. Emmrichs in seiner angeführten Abhandl. §. 34. gegebene Anleitung zu schwankend, und es würde schwer zu bestimmen seyn, in welchen Fällen die bona fides des Klägers oder Beklagten hier zum Fundamente der Kostenerstattung anzunehmen sey. Denn auch der, welcher in culpa lata oder leui ist, kann demungeachtet in bona fide seyn, und es läßt sich deshalb noch nicht behaupten, daß er wegen der bona fide geschehenen Entsagung des Prozesses von der Erstattung der Kosten frey zu sprechen sey. Man muß vielmehr darauf sehen, ob derjenige, welcher dem Prozesse entsagt, durch vorgängige Anwendung des mittlern Fleißes den Prozeß ganz habe vermeiden können oder nicht. Im ersten Falle wird er die Kosten erstatten müssen, im andern aber werden sie zu compensiren seyn. — Es heißt freylich in l. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. exp. „Si quis vero conuentus bo-

* vergl. Weber am angef. O. S. 57. Emmrich S. 146.

bona fide soluerit, aut actor lite destiterit, — hic euitabit impensarum condemnationem.“ Allein was wird hier unter der bona fide verstanden? Doch gewiß nicht die bloße Meinung, man habe recht, wenn man auch die Gründe der Sache nicht untersucht hat? — Sobald dieses angenommen werden soll, so kann kein Grad der Schuld bey der Prozeßführung prästirt werden, sondern es ist zur Compensation der Kosten schon genug, wenn man nicht dolose gehandelt hat. Da aber auch ein gewisser, und zwar, meiner Ueberzeugung nach, der mittlere Grad der Schuld prästirt werden muß, so kann auch hier die bona fides nichts anders seyn, als die Meinung, die man vor dem Prozesse hatte, daß man nicht Unrecht habe, welche sich darauf gründet, daß man selbst, nach einer mit dem mittlern Grade des Fleißes geschehenen Untersuchung der Gründe, sich von der Unrechtmäßigkeit seiner Sache nicht hat überzeugen können.

Ist dieses richtig, so werden daraus folgende Sätze folgen:

1) Geschieht die Entsagung des Prozesses nach der Litiscontestation und vor der Beweisführung, und zwar von dem Kläger, so kommt es darauf an, ob der Beklagte dem Kläger solche Einreden entgegengesetzt habe, welche er außergerichtlich nicht wissen konnte, und welche ihn nunmehr überzeugen, daß er den Prozeß nicht werde gewinnen können. In diesem

Falle

Falle müssen die Kosten compensirt werden. Ist dieses aber nicht, so muß der Kläger die Kosten erstatten, weil er einen Prozeß angefangen, den er sogleich nach der vorauszusehenden Litiscontestation wieder liegen lassen mußte, und wobey er folglich von der temeritate nicht frey zu sprechen ist.

2) Entsagt aber der Beklagte vor der Beweisführung dem Prozesse dadurch, daß er dasjenige leistet, weshalb er belangt worden, so wird er auf keinen Fall von der Erstattung der Kosten freygesprochen werden können. Denn im Falle der Beweis von ihm selbst, z. E. über eine Einrede, geführt werden müßte, so zeigt er durch die Entsagung an, daß er ihn zu führen sich nicht getraue, und folglich temere etwas vorgebracht habe, das er nicht beweisen kann. Liegt aber die Beweisführung dem Kläger ob, so zeigt der Beklagte durch seine Entsagung deutlich, daß er im Voraus überzeugt sey, daß der Kläger den Beweis werde führen können, und daß er folglich die Klage für gegründet halte. Diese Ueberzeugung konnte und mußte er schon haben, ehe er litem contestirte; denn sie konnten während des Prozesses nicht bewirkt seyn, weil der Beweis noch rückständig war. Wollte der Beklagte also den Vorwurf der temeritas vermeiden, so mußte er außergerichtlich, wenn er von der Forderung des Klägers benachrichtigt war,

oder wenn dieses nicht geschehen war, gleich nach der Anstellung der Klage, und ehe er litem contestirte, dem Kläger seine Forderung zugestehen. *

3) Wenn aber die Entsagung des Prozesses erst nach der Beweisführung geschieht, so sind die bisher gegebenen Regeln eben so anzuwenden, als wenn der Prozeß durch ein Urtel entschieden wäre. **

§. 19.

Ich komme jetzt zu der letzten Frage, welche bey einem Prozesse, der auf einer streitigen Thatsache beruhet, vorkommen kann; was nämlich in Ansehung der Kosten Rechtens sey, wenn der Beweis durch einen Eid geführt wird. Dieser gerichtliche Eid ist nun entweder ein willkührlicher oder nothwendiger, und ersterer entweder ein zugeschobener oder ein zurückgeschobener. Was

1) den zugeschobenen Eid betrifft, so bin ich hierin mit Hrn. Prof. Weber *** einerley Meinung, daß die Eidesdelation, an sich betrachtet, nicht mehr Grund zu der Vergleichung der Kosten darbiete, als eine jede an-

* vergl. §. 17. im Anfange.

** vergl. oben §. 16. 17.

*** a. a. O. §. 12.

andere Beweisart, und daß folglich es immer darauf ankomme, ob derjenige, welcher durch die Ableistung des zugeschobenen Eides den Prozeß verliehrt, von der temeritate litigandi frey sey oder nicht. Diese aber muß aus der Beschaffenheit der Sache und den Verbindlichkeiten, die dem verliehrenden Theile in Ansehung des Prozesses auflagen, beurtheilt werden, und er kann deshalb noch nicht von der temeritate freygesprochen werden, weil die Sache nicht anders, als durch den Eid ausgemacht werden konnte. Die Eidesdelation ist eben sowohl eine Art des Beweises, als eine jede andere, und unterscheidet sich auch dadurch nicht von andern Beweisarten, daß sie nur bey dunkeln und zweifelhaften Thatsachen statt finden kann. * Denn wann wird wohl irgend ein Beweismittel bey ganz klaren und nicht streitigen Thatsachen angewendet? — Es wird also auch in Ansehung der Prozeßkosten bey eben den Grundsätzen bleiben müssen, welche überall wegen der bewiesenen oder nicht bewiesenen Thatsachen gelte.

Hr. D. Emmrich behauptet zwar, daß schon, an sich betrachtet, in der Eidesdelation ein Grund liege, weshalb die Kosten compensirt werden müßten, und zwar vorzüglich aus dem Grunde, weil der zugeschobene Eid, wenn er angenom-

* Emmrich a. a. O. §. 36.

nommen und abgeleistet würde, die Stelle eines wirklichen Vergleichs verträte. — Allein die Eidesdelation kann zwar, an sich betrachtet, wohl als ein Vergleich angesehen werden, jedoch nur über den Beweis, nicht über die Sache. Die Parteyen vergleichen sich durch die Zuschiebung und Annahme des Eides stillschweigend dahin, daß dasjenige, was beschworen werden würde, unter ihnen als Wahrheit, und für bewiesen zu achten seyn solle. In dieser Rücksicht kann wohl gesagt werden: iusiurandum speciem transactionis continet: maioremque habet auctoritatem, quam res iudicata, * weil gegen den abgelegten Eid nun weiter nichts einzuwenden steht, sondern er, so wie er geschworen ist, als Wahrheit angenommen werden muß. Auf diese nunmehr förmlich außer Zweifel gesetzte Wahrheit stützt sich das Erkenntniß des Richters, und die Eidesdelation kann daher nicht als ein Vergleich über das Obiectum litis, sondern blos als ein bedingter Vergleich über die Wahrheit oder Unwahrheit der Thatsache, worauf der Prozeß beruhet, betrachtet werden. Aus diesem Gesichtspunkte sieht man sogleich, daß, wenn die Rede von einem facto proprio oder communi des Sachfälligen war, er vermöge dieses Vergleichs nicht anders betrachtet werden könne, als einer, der eine solche Thatsache wider die Wahrheit behauptet

* l. 2. de iureiur.

tet oder bestritten habe, und er kann sich daher im geringsten nicht beschweren, wenn er in die Kosten verurtheilt wird. * Eben so hat derjenige, welchem der Beweis einer fremden Thatsache oblag, sobald der deferirte Eid gegen ihn ausfiel, eine Behauptung vorgebracht, die er nicht erweisen konnte, und es muß daher auch dieser als ein temerarius litigator die Kosten erstatten. ** Diese Beyspiele zeigen, glaube ich, hinlänglich, daß die Eidesdelation, an sich betrachtet, keinen Unterschied in Ansehung der Regeln von Erstattung der Kosten machen könne.

Der andere Grund des Hrn. D. Emmrich *** für die Compensation, daß nämlich die bona fides derjenigen Partey, welche den Eid deferirt habe, zu vermuthen sey, weil sie sich so sehr von der Gerechtigkeit ihrer Sache überzeugt hielt, daß sie sogar den Gegner gewissermaßen zum Schiedsrichter in seiner eigenen Sache erwähle, ist, dünkt mich, von sehr geringem Gewichte. Es kommt hier nicht auf die innere Ueberzeugung des Verliehrenden an, sondern darauf, ob er, da er beym Anfange des Prozesses wußte, daß ihn der Beweis der Thatsache obläge, diesen Beweis führen kann oder nicht. Kann

* vergl. oben. §. 16.

** oben §. 17.

*** a. a. O. §. 36. Nro. 2.

er ihn nicht führen, so muß er die Kosten erstatten, weil er etwas unternahm, das er nicht durchsetzen konnte, und folglich temere gestritten hat.

Eben das, was vom zugeschobenen Eide gilt, gilt auch

2) vom zurückgeschobenen. Beyde haben einerley Zweck und einerley Wirkung. Ist nun Hrn. Prof. Webers Theorie in Ansehung des erstern richtig, wovon ich aus den angezeigten Gründen völlig überzeugt bin, so müssen auch in Ansehung des zurückgeschobenen Eides eben dieselben Grundsätze gelten, d. h., der verliehrende Theil muß in Ansehung der Kosten nach eben den Regeln beurtheilt werden, nach welchen derjenige überhaupt beurtheilt wird, der einen Prozeß, welcher auf einer Thatsache beruhete, verliehrt, * und es kann folglich weder der Eid an sich, noch die überspannte Gewissenhaftigkeit des zurückschiebenden Theils hier einige Aenderung machen. **

Was §. 38. die vom Hrn. D. Emmrich angegebenen Fälle betrifft, in welchen die Ableistung eines willkührlichen Eides die Kostenvergleichung

* Da diese Regeln §. 16. u. 17. schon vorgetragen sind, so brauchen sie hier nicht wiederholt zu werden.

** vergl. Weber S. 127. 128. Emmrich §. 37.

chung nicht wirken kann, so wird gegen diese wohl niemand etwas zu erinnern haben. Um daher nicht unnöthigerweise hier etwas blos zu wiederholen, will ich mich dabey gar nicht aufhalten, zumal da diese Fälle in den vorher gegebenen Regeln von der Erstattung der Kosten, wenigstens stillschweigend, enthalten sind.

§. 20.

Ist die Sache nicht durch einen willkührlichen, sondern durch einen nothwendigen Eid geendigt, so giebt auch dieser keinen Grund, weshalb nicht, ohne Rücksicht darauf, daß der Prozeß durch einen Eid geendigt worden, der verliehrende Theil nach den §. 16. und 17. angezeigten Regeln in Ansehung der Kosten beurtheilt werden sollte. Denn auch der nothwendige Eid ist eine ordentliche gesetzliche Art des Beweises, und unterscheidet sich von dem willkührlichen nur dadurch, daß der Richter ihn von den Parteyen zur Erfüllung des Beweises, oder Darthuung der Unschuld, wenn nicht hinlänglich erwiesen ist, fordert. Alles also, was durch einen solchen Eid beschworen ist, ist förmlich als eben so wahr anzunehmen, als wenn es auf eine jede andere Art dargethan wäre. Betraf daher der Prozeß eine eigene oder gemeinschaftliche Handlung dessen, gegen den das suppletorium geschworen ist, so kann man ihn nicht anders betrachten, als daß er freventlich eine solche Handlung geleugnet habe, und nichts kann ihn von der Er-

stattung der Kosten befreyen. * Betraf hingegen der Prozeß eine in Rücksicht des Ueberwundenen fremde Thatsache, welche durch das *suppletorium* vollständig erwiesen ist, so kann er mit Grunde auf die Compensation der Kosten rechnen. Denn da die Sache doch so dunkel war, daß der Beweis anders nicht, als durch diesen Eid, vollständig konnte geführt werden, so ist es auch nicht leicht denkbar, daß man dem Ueberwundenen werde vorwerfen können, daß er freventlich geleugnet habe. Er war berechtigt, den Beweis dieser Thatsache von seinem Gegner zu erwarten, und da derselbe anders nicht, als durch diesen Eid, konnte vollständig geführt werden, so ist es auch nicht zu vermuthen, daß der Sachfällige vor dem Prozesse schon völlig von der Richtigkeit der gegenseitigen Behauptung habe überzeugt seyn können. **

Endigt aber ein Reinigungseid den Prozeß, so glaube ich, kann man auch hier, in Rücksicht auf die Kosten, blos des Eides wegen keine Ausnahme machen. Der Reinigungseid nämlich wird nur alsdann geschworen, wenn der Beweis von demjenigen, welcher ihn zu führen hatte, nicht hinlänglich geführt werden konnte, und er hat die Wirkung, daß die Behauptungen dessen,

* vergl. Weber S. 133. Emmrich §. 41. Nro. 1.

** dieses folgt schon von selbst aus §. 17.

sen, der beweisen sollte, als gänzlich unwahr betrachtet werden. Es hat also derjenige, welcher eine Behauptung vorbrachte, die vermöge des purgatorii als unwahr angenommen werden muß, etwas unternommen, das er den Gesetzen nach nicht durfte, indem er etwas behauptete, das er nicht beweisen konnte, sondern von dem gerade das Gegentheil dargethan ist. Man kann ihn daher nicht anders, als einen temerarium litigatorem betrachten, und als ein solcher muß er die Kosten erstatten. * Nur allein in dem Falle läßt sich eine Ausnahme von dieser Regel denken, wenn derjenige, der den Reinigungseid geschworen hat, durch seine eigene Schuld einen gegründeten Anlaß zu dem Verdachte gegeben hatte. Alsdann ist es der Billigkeit gemäß, daß die Kosten compensirt werden. **

Die-

* vergl. §. 17.

** vergl. Weber S. 135. Emmrich §. 41. Nro. 3. Letzterer behauptet zwar, daß, wenn derjenige, der den Reinigungseid hat schwören müssen, durch sein eigenes grobes Versehen gegründeten Anlaß zum Verdachte gegeben, dieser auch die Kosten dem Gegner erstatten müsse, weil er den Prozeß durch seine Schuld veranlaßt hätte. Allein, nicht den Prozeß, sondern blos den Verdacht, veranlaßte er durch sein Versehen. Diesen Verdacht hat er gerichtlich wieder abgewandt. Der Gegner hat allezeit das gegen sich, daß ein bloßer Verdacht eigentlich noch kein hinlänglicher Grund zum Prozesse ist, wenn man ihn nicht gehörig erweisen kann. Er mußte daher auch dem

Sie-

Diese Grundsätze, die so sehr aus der Natur der Sache fließen, und, im Ganzen genommen, sogar mit dem Weberschen Systeme so genau zusammenhängen, scheinen mir so einleuchtend zu seyn, daß es mir unbegreiflich ist, wie Hr. Prof. Weber, nachdem er eben diese Grundsätze am Ende des 12ten §. seiner Abhandlung vorgetragen hat, diesen §. mit den Worten schließen konnte: „Und soll dieses dennoch zu hart seyn, ob es gleich auf unleugbaren Grundsätzen des Rechts beruhet: so wird man doch wenigstens auch beym Reinigungseide die Vergütung und Compensation der Kosten darnach bestimmen, je nachdem des sachfälligen Theils eigene Handlung, oder fremde Thatsachen den Gegenstand des Eides ausgemacht haben.“ Dieser Unterschied kann hier durchaus in gar keine Betrachtung kommen, weil durch die Ableistung des Reinigungseides jedesmal derjenige den Prozeß verliehrt, welcher den Beweis zu führen hatte. Die Pflicht, einen vollständigen Beweis zu führen,

Sieger die Kosten erstatten, wenn dieser in Rücksicht auf den Verdacht gänzlich außer Schuld wäre. Allein mehr als die Compensation der Kosten kann doch der durch die Schuld des Siegers veranlaßte, und nun gerichtlich widerlegte Verdacht nicht wirken. Denn auch der Ueberwundene ist bey dem Prozesse nicht schuldlos, indem er auf einen bloßen nicht erwiesenen Verdacht einen Prozeß anfing.

ren, war ihm vor dem Anfange des Prozesses, oder vielmehr vorher bekannt, ehe er die Behauptung vorbrachte, gegen welche das purgatorium geschworen ist. Er hätte daher entweder die Behauptung nicht vorbringen, oder aber dieselbe gehörig erweisen müssen. Beobachtete er diese Schuldigkeit nicht, so kann man ihn nicht anders, als einen temerarium litigatorem betrachten, und er muß daher in die Kosten verurtheilt werden. Dasselbe hatte auch Hr. Prof. Weber vorher in demselben §. behauptet, und es scheint daher, daß derselbe sich blos durch die Meinung der Schriftsteller, welche das Gegentheil behaupten,* habe hinreißen lassen, von seiner, sonst so auf das Aeußerste getriebenen Strenge hier, wiewohl ungern, etwas nachzugeben. Hier aber war gerade der Ort, wo er nichts hätte nachgeben sollen, und wo ein Mann, wie Weber, durch sein Ansehen vielleicht viel Gutes hätte bewirken können. Man denke sich, wie leicht es sey, seine Behauptungen so scheinbar zu machen, daß der Gegentheil ohne purgatorium nicht losgesprochen werden kann? zu wie vielen Chicanen dieses Anlaß geben könne, wenn nicht ein frevelhafter Prozeßführer dadurch wenigstens etwas zurückgehalten würde, daß er dem Gegentheile die Kosten erstatten muß, wenn dieser durch das purgatorium seine Behauptungen entkräftet hat? wie

* S. Emmrich §. 39. Note a)

wie sehr es in der Gewalt boshafter Leute stehe, andern unnütze Kosten zu verursachen, wenn der Reinigungseid sogleich eine hinlängliche Ursache seyn sollte, daß sie dieselben nicht wieder erstattet bekommen! — Aus diesen Gründen ist es, glaube ich, hier gerade der unrechte Ort, etwas von der Strenge, welche die rechtlichen Grundsätze mit sich bringen, nachzugeben. Ueberdem hätte Hr. Prof. Weber, der sich sonst durch eine auffallende Strenge gegen den Sachfälligen vor allen andern so sehr auszeichnet, gerade der letzte seyn sollen, der ganz dem Grundsatze, daß der Richter zwar nicht härter, aber auch nicht gelinder, als die gesetzlichen Vorschriften seyn darf, zuwider, hier den Gedanken geäußert hätte, daß sich von der Strende derjenigen unleugbaren rechtlichen Grundsätze, welche er eben vorgetragen, in diesem Falle wohl etwas nachgeben ließe. Sollte man nicht hieraus schließen können, daß Herr Weber, der hier selbst auf den Fall, daß es zu hart scheinen mögte, eine Ausnahme von der Regel zu machen scheint, daß derjenige, dem der Beweis obliegt, wenn er nicht bewiesen, die Kosten erstatten müsse, es auch wohl in andern Fällen zugeben würde, wenn der Richter, der in einem andern Falle die Erstattung der Kosten nach dieser Regel zu hart fände, auch alsdann noch eine Ausnahme machen könne? und so kämen wir dann, ungeachtet aller Regeln, wieder in die bisher, leider!

so

so gewöhnliche Methode, wo es, mögte ich sagen, fast immer von der Willkühr des Richters abhängt, ob die Kosten compensirt werden sollen oder nicht. — Dieses war aber gewiß Herrn Webers Absicht bey dieser Aeusserung nicht, und es wäre daher sehr zu wünschen, daß er dieselbe bey einer neuen Ausgabe seines vortreflichen Traktats gänzlich wegließe.

Hrn. D. Emmrichs Gründe für die Compensation der Kosten bey dem nothwendigen Eide, kann ich hier übergehen. Sie fließen ganz aus seinem Systeme, so wie die hier vorgetragenen Regeln in Rücksicht auf die Kosten aus dem meinigen fließen. Es kommt also immer auf die Frage an, welche Theorie die richtigere sey, um über die Richtigkeit der gegenseitigen Behauptungen in diesem einzelnen Falle urtheilen zu können.

§. 21.

Jetzt komme ich auf den wichtigsten und schwersten Punkt in dieser Materie, wie es nämlich mit den Prozeßkosten zu halten sey, wenn der überwundene Theil im Rechte geirrt hat.

In Ansehung der Grundsätze des natürlichen Rechts, auch deutlicher und bestimmter, positiver Gesetze, hat es wohl keinen Zweifel, daß derjenige, der diese nicht gewußt, oder darin geirrt hat, in allen Fällen als ein temerarius

liti-

litigator zu betrachten sey, indem auf ihn die bekannte Regel, „iuris ignorantia cuique nocet,“* völlig anwendlich ist, und daß er folglich dem Gegner die Kosten erstatten müsse.** — Allein über dergleichen ganz bestimmte rechtliche Grundsätze wird auch nur selten ein Prozeß entstehen; desto häufiger aber liegt der Grund zu Prozessen in Gewohnheitsrechten und dunkeln oder streitigen Rechtsmaterien, und diese verdienen daher wohl eine weitere Ausführung.

Hat der Sachfällige in einem Gewohnheitsrechte geirrt, so muß man unterscheiden, ob dasselbe notorisch war oder nicht. Im ersten Falle kann der verliehrende Theil sich mit nichts gegen den Vorwurf einer groben Nachlässigkeit schützen,*** und muß daher die Kosten erstatten. Ist es hingegen nicht so bekannt, nicht so unumstößlich gewiß, ob das Gewohnheitsrecht wirklich vorhanden sey, so muß von demjenigen, welcher seine Behauptung darauf gründet, über dessen Wirklichkeit, wie über ein jedes anderes factum ein vollkommener Beweis geführt werden, und die Verbindlichkeit zur Erstattung der Kosten von Seiten des Sachfälligen ist nach eben den

* l. 9. pr. de I. et F. ign.

** Eine weitere Ausführung dieses Satzes s. bey Weber §. 8. und Emmrich §. 42.

*** l. 9. §. 2. de I. et F. ign. l. 223. de V. S.

den Grundsätzen zu beurtheilen, nach welchen dieselbe bey geführtem oder nicht geführtem Beweise über Thatsachen beurtheilt wird. *

§. 22.

Ganz anders aber verhält es sich, wenn die Entscheidung des Prozesses von einem dunkeln Gesetze oder einer streitigen Rechtsfrage abhängt. — Ein dunkles Gesetz ist ein solches, welches entweder sich gar nicht mit einiger Gewißheit erklären läßt, oder aber durch die Regeln der Erklärungskunst zwar ausgelegt werden kann, allein mit ziemlicher Gleichheit von Gründen mehrere Erklärungen annimmt. Im ersten Falle würde, wenn über ein solches Gesetz ein Prozeß entstände, nothwendig eine authentische Erklärung erfordert werden, ** und es ist keinem Zweifel unterworfen, daß alsdann der Theil, gegen welchen diese Erklärung ausfällt, zur Erstattung der Kosten auf keine Art verbunden sey. ***

Nimmt aber ein Gesetz mehrere durch ziemlich gleiche Gründe unterstützte Erklärungen an, so entsteht daraus eine streitige Rechtsfrage, wo ein Theil der Rechtsgelehrten sich auf die-

* vergl. Weber a. a. O. §. 7. Emmrich §. 43.

** l. 9. C. de Legib.

*** Weber §. 9. S. 73.

diese, der andere auf jene Seite neigt, und es also im Ganzen zweifelhaft ist, welche Meinung die richtigere sey. Hier entsteht nun die Frage, was in Ansehung der Kosten Rechtens sey, wenn der Richter dadurch, daß er eine der verschiedenen Meinungen annimmt, den Prozeß zum Vortheil einer Partey entscheidet? Diese Frage ist eine der wichtigsten, und es ist daher wohl der Mühe werth, die Gründe, welche für die Compensation oder für die Erstattung der Kosten in diesem Falle reden, hier sorgfältig gegen einander zu vergleichen.

Unter einer streitigen Rechtsfrage verstehe ich hier nicht einen jeden Satz, den ein einzelner Rechtsgelehrter vielleicht einmal als controvers aufgestellt hat: denn wie viele sogenannte Controversen giebt es nicht, die blos daraus entstanden, daß ein Gesetz nicht recht verstanden, oder aus dem Zusammenhange gerissen war, und welche sich daher auf den ersten Anblick richtig entscheiden lassen? — Eine streitige Rechtsfrage hingegen ist nur ein solcher Satz, über welchen die Gesetze entweder gar nichts bestimmen, oder doch sich so dunkel ausdrücken, daß der wahre Sinn derselben nicht mit völliger Gewißheit bestimmt werden kann.* Die Analogie des Rechts, die wahrscheinliche Erklärung eines solchen dunkeln

* vergl. Emmrich a. a. O. S. 249.

teln Gesetzes, und die daraus entstehende individuelle Ueberzeugung, sind die einzigen Quellen, aus welchen ein jeder einen solchen Satz zu entscheiden sucht. Da nun diese individuelle Ueberzeugung sehr verschieden seyn kann und muß, je nachdem der Gesichtspunkt, aus welchem die Frage betrachtet wird, verschieden ist, so entsteht es, daß in solchen Fällen die Meinungen, selbst der angesehensten Rechtslehrer und Collegien, sich oft geradezu entgegengesetzt sind, ohne daß man behaupten könne, daß eine dieser Meinungen offenbar falsch sey. Nur ein solcher Satz, von dem ein Unparteyischer gestehen muß, daß die Entscheidung desselben mehr von individueller Ueberzeugung, als von deutlichen gesetzlichen Bestimmungen abhänge, verdient den Namen einer Controverse. Er wird daran erkannt, daß theils die angesehensten Rechtslehrer, theils aber auch die Gerichtshöfe und Spruchcollegien in ihren Urteln noch darüber uneinig sind, und ganz verschiedene Meinungen darüber angenommen haben.

Ist nun ein Prozeß über eine Rechtsfrage entstanden, die den Namen einer Controverse wirklich verdient, so kann derselbe von dem Richter nicht anders, als nach seiner eigenen individuellen Ueberzeugung, d. h. nach derjenigen Meinung entschieden werden, welche nach dem Gesichtspunkte, aus welchem gerade dieser Richter die Sache betrachtet, ihm die richtigere zu seyn scheint. Deshalb aber läßt sich noch nicht be-

haupten, daß gerade die Meinung des Richters, nach welcher er entschied, im Allgemeinen die richtigere sey. Die entgegengesetzte Meinung kann deshalb doch eben so viel Gründe für sich haben, und es hing nur von dem Gesichtspunkte, aus welchem der Richter die Frage betrachtete, vielleicht auch nur von seinen Kenntnissen ab, daß er sich gerade für diese, und nicht für die entgegengesetzte Meinung bestimmte. Ich sollte daher glauben, daß, ohne die größte Unbilligkeit, man denjenigen, der durch den Ausspruch des Richters über eine so zweifelhafte Frage den Prozeß verlohr, nicht in die Prozeßkosten verurtheilen könne; sondern daß es der Billigkeit weit angemessener sey, wenn jede Partey in diesem Falle ihr Theil zu den Kosten tragen muß.

Sehen wir auf die Entstehung eines solchen Prozesses, so ist es klar, daß gerade hier der Fall sey, wo es, mögte ich sagen, den Parteyen unmöglich war, einen Prozeß zu vermeiden. Jeder Theil hatte für seine Meinung viele Wahrscheinlichkeit; jeder Theil wußte, daß sein Recht auf dunkeln Gesetzen oder der Analogie des Rechtes beruhte, welche er in den Schriften vieler der größten Rechtgelehrten, in den Urteln vieler der angesehensten Gerichtshöfe u. s. w. zu seinem Vortheile entschieden fand. Er konnte freylich wissen, daß der Gegentheil eben so viel Gründe, eben so viel Praeiudicia für sich hätte; allein gerade dieses ist es, welches jeden Theil nothwendig

dig dazu bewegen mußte, daß er die Sache dem Richter vortragen, und durch diesen bestimmen lassen müßte, ob seine Gründe, oder die seines Gegners im vorliegenden Falle das Uebergewicht hätten. Der Ausspruch des Richters nun bestimmte für den gegebenen Fall, was unter diesen Parteyen in dieser Sache Recht seyn solle. Er wirkt also förmliches Recht unter den Parteyen, welches deswegen noch nicht wirkliches Recht ist. Die Parteyen sind nach der Sentenz gehalten, dasjenige für Recht unter sich anzuerkennen, was durch dieselbe bestimmt worden; eher aber, als die Sentenz gegeben war, konnten sie dieses nicht wissen, eben weil die Frage controvers war. Der Prozeß und die richterliche Entscheidung war also das einzige Mittel, um ihre gegenseitigen Rechte zu bestimmen. Sollte es daher nicht gegen alle Billigkeit seyn, wenn die Kosten zur Erreichung dieses gemeinschaftlichen Zweckes, der ohne die Anfwendung dieser Kosten nicht zu erreichen war, von einer Partey allein getragen werden sollten? Ist es nicht äußerst billig, daß beyde Theile die zu diesem gemeinschaftlichen, anders nicht zu erreichenden Zwecke nothwendigen Kosten gemeinschaftlich tragen? Ich glaube, ja!

Doch wir können diese aus der Billigkeit hergenommenen Gründe allenfalls gänzlich vorübergehen, da selbst nach den allgemeinen Grundsätzen und Bestimmungen, die wir über die Pro-

zeßkosten in unsern Rechten finden, die Kosten in diesem Falle nothwendig compensirt werden müssen. Ist es richtig, was ich darzuthun mich bemüht habe, daß bey der Prozeßführung nur culpa leuis prästirt werde, so folgt daraus, daß derjenige, welcher einen über eine streitige Rechtsfrage entstandenen Prozeß verliehrt, zur Erstattung der Kosten keinesweges angehalten werden könne. — Er hatte denjenigen Fleiß angewandt, der sich den Umständen nach anwenden ließ; er hatte sich nach den Rechtsgründen für seine Sache, vielleicht auch nach denen dawider, erkundigt, und gefunden, daß für seine Meinung eben so wichtige Gründe, eben solche Gewährsmänner wären, als für die gegenseitige. Was sollte er weiter thun? Selbst durch den äußersten Grad des Fleißes, (der doch bey dem Prozesse nicht angewendet zu werden braucht) konnte er nicht mehr ausrichten, keine stärkere Ueberzeugung von seinem Rechte oder Unrechte erlangen. Er mußte also die Sache vor den Richter bringen, und durch diesen sein Recht oder Unrecht bestimmen lassen. — Wer wird ihn nun, wenn er den Prozeß verliehrt, wenn sein Richter der gegenseitigen Meinung folgt, einen temerarium litigatorem, d. h. einen solchen nennen, der nicht den erforderlichen Fleiß zur Erforschung der Gerechtigkeit seiner Sache vor dem Anfange des Prozesses angewendet habe? da er doch alles gethan hat, was den Umständen nach möglich war. — Wäre ein deutliches Gesetz oder nur eine allgemeine

Ob-

Observanz vorhanden gewesen, welche den Fall so entschieden hätte, als er nun durch die Entscheidung des Richters ausfiel; so hätte er entweder den Prozeß gar nicht angefangen, oder wenn er demungeachtet prozessirte, so konnte ihn nichts von der temeritas und von der Erstattung der Kosten freysprechen. — War es aber seine Schuld, daß unsere Rechte in so vielen Fällen noch so äußerst schwankend sind, daß noch so viel von dem Ansehen der Rechtslehrer, von den Einsichten des Richters u. s. w. abhängt, und daß in vielen Fällen selbst ein Rechtsgelehrter es nicht vorher bestimmen kann, wie ein Prozeß ausfallen werde? — —

Man könnte mir hier die schon oft angeführte l. 42. de R. I. entgegenstellen, und einwenden, daß man auch hier zwischen dem Kläger und Beklagten unterscheiden müsse, und daß, wenn der Kläger den Prozeß verlöhre, derselbe die Kosten erstatten müsse, weil es das erste Erforderniß zu einer Klage sey, daß der Kläger seiner Sache gewiß sey. * Allein man muß theils das Gesetz in seinem ganzen Zusammenhange betrachten, wenn man den eigentlichen Sinn desselben bestimmen will, theils aber auch dasselbe so anwenden, daß es mit andern Gesetzen nicht in Widerspruch komme. Das angeführte Gesetz nun redet offenbar

* nam plane, qui agit, *certus* esse debet.

bar blos von einer Unwissenheit, in Ansehung der Thatsache, worauf sich die Klage gründet, und bestimmt darauf, daß derjenige, der eine Klage anstellen will, vorher der Thatsache, worauf er sich gründet, gewiß seyn müsse. * — Keineswegs aber redet das Gesetz von dem Falle, wenn der Prozeß nicht über eine streitige Thatsache entstanden ist, sondern die Entscheidung desselben blos von einer streitigen Rechtsfrage abhängt. In letzterm Falle wäre die Forderung des Gesetzes, daß der Kläger zuvor seines Rechtes gewiß seyn solle, unmöglich, weil keine Gewißheit des Rechtes da ist. Denn sobald die Rechtsfrage, worauf der Prozeß beruhet, streitig ist, so ist auch in solchem Falle das wirkliche Recht ungewiß, zweifelhaft und schwankend; und es muß daher für die Parteyen erst durch das Urtel ein förmliches Recht festgesetzt werden. Wie diese Bestimmung des förmlichen Rechts ausfallen werde, war dem Kläger vorher zu wissen unmöglich, weil er die Meinung und individuelle Ueberzeugung des Richters nicht wissen konnte. — Nun ver-

* Qui in alterius locum ſuccedunt, iuſtam habent cauſſam ignorantiae, *an id, quod peteretur, deberetur.* — Haec ita de haerede dicta ſunt, ſi cum eo agetur: non etiam, ſi agat: nam plane, qui agit, certus eſſe debet; cum ſit in poteſtate eius, quando velit, experiri: et ante debet *rem* diligenter *explorare*, et tunc ad agendum procedere.

verordnen aber unsere Gesetze deutlich, daß derjenige, qui de re dubia litigauit, mit Erstattung der Kosten verschont werden solle. * Schon Hr. D. Emmrich ** hat gezeigt, daß unter der re dubia in l. 5. C. de fruct. et lit. exp. nicht blos eine zweifelhafte Thatsache zu verstehen sey. Zu den von demselben angeführten Gründen kommt noch hinzu, daß in Rücksicht auf den Kläger die res dubia im angeführten Gesetze wohl nur höchst selten von Thatsachen verstanden werden könne. Denn sobald die Thatsache, worauf der Kläger sich gründet, zweifelhaft ist, so muß er sie beweisen, und, wenn er sie nicht beweisen kann, die Kosten erstatten. *** Wenn also die l. 5. C. de fruct. et lit. exp. nicht blos dem Beklagten zu statten kommen, sondern auch auf den Kläger angewendet werden, und mit l. 42. de R. I. nicht im Widerspruche stehen soll, so kann sie durchaus, wenigstens in Rücksicht auf den Kläger, nicht anders ausgelegt werden, als daß res dubia in derselben dasjenige bedeute, was kein Gegenstand des dem Kläger aufliegenden Beweises war und seyn konnte; folglich die streitige Erklärung eines facti intricati, oder eines dunkeln Gesetzes, und es bleibt also die Regel,

* l. 5. §. 1. C. de fruct. et lit. exp. Nov. 82. c. 10.

** a. a. O. §. 45. Eben das hat auch Hr. Hennemann Beytr. 2. S. 28. fg. recht gut ausgeführt.

*** arg. l. 42. de R. I. vergl. oben §. 17.

gel, meiner Ueberzeugung nach, gegründet, daß, wenn der Prozeß auf einer wirklich streitigen Rechtsfrage beruhete, alsdann die Kosten compensirt werden.

Hrn. Prof. Webers Meinung,* daß die Kosten im vorliegenden Falle nicht compensirt werden könnten, stützt sich vorzüglich auf folgende Gründe.

1) Weil unter re dubia in l. 5. C. de fruct et lit. exp. blos zweifelhafte Thatsachen zu verstehen, und überdem dieses Gesetz nicht glossirt wäre, und folglich in gerichtlichen Verhandlungen nicht als vollgültig angenommen werden könne.

Allein jetzt eben habe ich gezeigt, daß, wenn man mit H. W. die rem dubiam in diesem Gesetze blos von streitigen Thatsachen verstehen wollte, alsdann dasselbe in den meisten Fällen blos dem Beklagten, nicht aber dem Kläger zu statten kommen, oder aber mit l. 42. de R. I. in Widerspruch gerathen würde. Letzteres läßt sich durchaus nicht annehmen, da die Gesetze allezeit so erklärt werden müssen, daß sie mit einander harmoniren. Sollte aber diese gesetzliche Vorschrift blos für den Beklagten gegeben seyn, so hät-

* am angeführten Orte §. 9.

hätte dieses ausdrücklich bestimmt werden müssen. Dieses ist nicht geschehen, sondern vielmehr vorher, sowohl vom Kläger, als Beklagten, geredet, und darauf hinzugesetzt, daß derjenige, den der Richter als einen solchen befunden habe, welcher de re dubia gestritten, nicht in die Kosten verurtheilt werden solle. Diese Vorschrift ist daher natürlicherweise von beyden Theilen zu verstehen, und, da der Ausdruck res dubia im geringsten die zweifelhaften Rechtsfragen nicht ausschließt, so kann er aus den schon angeführten Gründen nicht blos auf zweifelhafte Thatsachen eingeschränkt werden.

Daß das Gesetz nicht glossirt ist, schadet seiner Anwendbarkeit in der Lehre von den Prozeßkosten nicht. Denn es ist schon oben hinlänglich gezeigt worden, daß nach dem römischen Rechte nur der die Prozeßkosten erstatte, der ein temerarius litigator ist. Die Bedeutung des Worts temeritas litigandi aber muß aus den verschiedenen Gesetzen durch eine zweckmäßige Zusammenstellung derselben hergeleitet werden. Hier führt uns nun Nov. 82. c. 10. geradezu auf das, was temeritas nicht sey, und daß varietas negotii einen hinlänglichen Grund zur Compensation der Kosten abgebe. Was aber unter der varietate negotii verstanden werde, läßt sich nicht anders, als durch das Gesetz erklären, welches mit dieser Novelle genau zusammenhängt, und in derselben ausdrücklich bestätigt ist. Dieses Gesetz aber

aber ist l. 5. C. de fruct. et lit. exp. * Es mag also immerhin nicht glossirt seyn, so kann ihm doch niemand seine Gültigkeit zu der Erklärung der Novelle, welche sich darauf bezieht, absprechen; es ist zu derselben unentbehrlich. Es muß daher auch die Beweiskraft dieses Gesetzes durchaus angenommen werden, so lange wir keine andere Erklärung der angeführten Novelle haben. Ja, ich sollte glauben, daß man es sogar in Gerichtshöfen als vollgültig annehmen müßte, nicht seiner eigenen Gesetzkraft wegen, sondern deshalb, weil die glossirte Nov. 82. doch nicht verworfen werden kann, und in derselben dieses Gesetz ausdrücklich bestätigt, ** und dieses eben so gut ist, als ob die Worte des Gesetzes in der Novelle nochmals ausdrücklich wiederholt wären. So lange wir also diese Novelle als gültig, und von gesetzlicher Kraft betrachten, dürfen wir uns auch nicht weigern, den durch dieselbe bestätigten Inhalt der l. 5. C. de fruct. et lit. exp. in unsern Gerichtshöfen als gesetzliche Vorschrift anzunehmen. ***

Hr. Prof. Weber hat nun freylich recht, wenn er außer der l. 5. C. de fruct. et lit. exp., aus

* vergl. Cuiacii Obseru. Lib. XII. c. 1.

** Et quia hoc bene Zenonis piae memoriae decreuit sententia et auctoritas --- --- --- Maneat ergo etiam nunc *in eodem schemate* custoditum. cf. Cuiac. l. c.

*** vergl. übrigens Emmrich a. a. O. §. 11. 45. 46.

aus welcher jedoch die H. W. unbestimmt scheinende Nov. 82. c. 10. gleichfalls erklärt werden muß, kein Gesetz findet, welches bestimmt über diesen Fall entscheide. Er geht daher

2) zu andern, aus rechtlichen Grundsätzen hergenommenen Gründen über, welche aber eben so wenig für seine so sehr strenge Meinung sprechen.

Ich gebe es gern zu, und wer wird es leugnen, daß durch das richterliche Erkenntniß förmliches Recht unter den Parteyen entsteht. Allein deshalb kann der Ueberwundene noch nicht als ein solcher betrachtet werden, der in einem solchen Irrthume in Ansehung des Rechts gewesen, welcher ihm schädlich seyn könnte, d. h. einen Irrthum unterhalten habe, den er hätte vermeiden können und müssen. Er irrte freylich in Ansehung seines eigenen individuellen Rechtes, in so weit es nämlich jetzt erst durch die Sentenz festgesetzt worden. Allein vor dem Urtel war das Recht beyder Theile so streitig, so ungewiß, daß es sich nicht vorher bestimmen ließ, welcher von beyden obsiegen würde. Das durch das Urtel bestimmte förmliche Recht gab nun den Ausschlag auf eine Seite. Wovon aber hing die Bestimmung des förmlichen Rechts ab? — Doch nicht von deutlichen Gesetzen? (denn davon ist hier nicht die Rede), sondern blos davon, wie der Richter die vorhandenen dunkeln Gesetze erklären und anwenden würde: kurz, von

der

der Meinung, von den Kenntnissen und Fähigkeiten des Richters. — Wie ist es nun zu verlangen, das die Partey die Meinung des Richters vorher wissen soll, daß sie seine Kenntnisse, seine Fähigkeiten und die Anwendung derselben auf die vorliegende streitige Rechtsfrage vorher prüfen soll, und wie ist es möglich zu machen, daß sie dieses thun könne? — Gleichwohl aber müßte dieses geschehen, wenn der verliehrende Theil bey einem Prozesse, der über eine streitige Rechtsfrage entstanden ist, als ein solcher betrachtet werden soll, der einen Irrthum gehegt hat, den er hätte vermeiden können und müssen. Er irrte ja nicht im wirklichen Rechte: darin konnte eigentlich keiner der beyden Parteyen ein Irrthum beygemessen werden, weil es noch bis jetzt nicht ausgemacht ist, was in dem vorliegenden Falle wirkliches Recht sey, und H. W. gesteht ja selbst, daß das förmliche Recht nicht allezeit wirkliches Recht sey. * — Der Irrthum lag im förmlichen Rechte, welches erst zu Ende des Prozesses im Urtel bestimmt wurde. Wie dieses ausfallen würde, ließ sich ohne Divinationsvermögen nicht vorhersagen, und es kann doch wohl keiner Partey zugerechnet werden, daß sie dieses nicht besaß.

Es ist freylich richtig, daß dasjenige, was rechtskräftig erkannt worden, als Recht unter den

* S. 75.

den Parteyen betrachtet werden müsse. Allein mich dünkt, man müsse hier unterscheiden unter dem Rechte in Ansehung des obiecti litis, und unter der Frage, ob die Führung des Prozesses rechtmäßig gewesen sey. Ersteres wird durch das Urtel bestimmt, und zwar in praeteritum, so daß dem Sieger, in Ansehung des *obiecti litis*, alles dasjenige gewährt werden muß, was er gehabt haben würde, wenn der Gegentheil gleich beym Anfange des erhobenen Streites nachgegeben hätte.* Allein von dem Rechte in Ansehung des obiecti litis, und der in Ansehung desselben dem Sieger zustehenden Schadenersetzung, ist die Frage, ob der Prozeß rechtmässig geführt sey, und ob folglich die Kosten zu compensiren oder zu erstatten sind, weit verschieden. Die Entscheidung derselben hängt nicht von dem Urtel und dem darin festgesetzten förmlichen Rechte ab, sondern davon, ob aus den Akten erhelle, daß der Besiegte temere gestritten, d. h., ob ihm culpa leuis zur Last falle oder nicht. Ist ersteres, so muß er in die Kosten verurtheilt werden. Im letzten Falle aber hat er, wenn er gleich eine nach förmlichem Rechte unrechtmäßige Sache vertheidigte, dennoch sich des Rechtes, den

* Hierauf beziehen sich allein die von H. W. angeführten Gesetze, l. 25. §. 6. 7. de haered. petit. u. l. 10. C. de praescript. longi temp. vergl. oben §. 9., wo ich bey Gelegenheit, der l. 40. de haered. petit. mehr über diesen Gegenstand gesagt habe.

den Prozeß zu führen, auf eine rechtmäßige Art bedient. Er ist daher nicht als temerarius litigator zu betrachten; es kann ihm folglich auch die Erstattung der Kosten, welche, nach unsern Gesetzen, nur dem temerario litigatori obliegt, mit Rechte nicht zugemuthet werden. *

Ja selbst nach der Theorie des Hrn. Prof. Weber müßten in diesem Falle, wenn der Prozeß über eine Rechtsfrage entstanden ist, die den Namen einer Controverse verdient, die Kosten compensirt werden. Denn, wenn ich anders H. W. recht verstehe, so geht seine Theorie dahin, daß wegen einer culpa leuissima die Kosten erstattet werden müssen. Die Erstattung der Kosten setzt also doch immer einen, wenn auch nur ganz geringen Grad der Schuld, von Seiten des verliehrenden Theils, voraus. Wie aber, wenn nun dem Besiegten gar keine Schuld zur Last fällt, wie dieses hier wohl der Fall seyn mögte? — Die Frage, worüber der Prozeß entstand, ist streitig; die Gesetze verordnen darüber entweder gar nichts, oder drücken sich doch so unbestimmt aus, daß ihr wahrer Sinn nicht leicht festzusetzen ist; die größten Rechtsgelehrten sind darüber uneinig; die verschiedenen Gerichtshöfe widersprechen

* Ich will mich hier, der Kürze wegen, auf das beziehen, was ich oben bey der allgemeinen Entwikkelung meiner Theorie, und Prüfung der Weberschen Gründe weitläuftiger auseinandergesetzt habe.

chen sich in ihren Urteln über diesen Fall offenbar; der Besiegte konnte also selbst mit der größten Anstrengung des Fleißes nichts weiter erforschen, als daß sein Recht zweifelhaft, nicht aber sich überzeugen, daß seine Sache ungerecht sey. Was sollte, was konnte er nun weiter thun, als es der Untersuchung des Richters überlassen, für welche von beyden Parteyen dieser die meiste Wahrscheinlichkeit des Rechts finden würde? — Er mußte einen Prozeß anfangen, wenn er nicht ein zweifelhaftes Recht an einen Gegner, dessen Recht eben so zweifelhaft war, temere (voreiliger Weise) abtreten wollte. * — Neigt nun der Richter, seinen individuellen Grundsätzen, Kenntnissen und Fähigkeiten gemäß, sich auf die andere Seite, so ist dieses doch offenbar nicht die Schuld des Besiegten. Ein anderer Richter, mit andern, vielleicht richtigern Grundsätzen, mit vielleicht mehrern Kenntnissen und bessern Fähigkeiten, hätte vielleicht für den Sachfälligen gesprochen. Was kann er nun dafür, daß seine Sache gerade vor diesen und nicht vor einen andern Richter kam. Es ist doch augenscheinlich blos Zufall, daß der Richter gerade diese, und nicht die entgegengesetzte Meinung angenommen hatte. Der Prozeß ging also blos durch einen Zufall für den Besiegten verlohren, und man

* cf. l. 40. de haered. petit. — propter metum huius periculi *temere indefensum ius suum* relinquere.

man kann daher nicht behaupten, daß ihm bey dieser Prozeßführung auch nur der geringste Grad der Schuld zur Last fiele. — Dieses wird noch einleuchtender, wenn wir den Fall umkehren. Hr. Prof. Weber so wenig, als irgend jemand, wird behaupten, daß demjenigen, der den Prozeß über eine solche streitige Rechtsfrage gewonnen hat, in Ansehung der Prozeßführung selbst einige Schuld zur Last falle, und daß dieser temere gestritten habe. Nun wollen wir den Fall annehmen, daß dieselben Parteyen in derselben Sache vor einen andern Richter gekommen wären, welcher gerade die Meinung angenommen hätte, die dem bisherigen Sieger entgegen war. Alsdann hätte derjenige, welcher vor dem ersten Richter verlohr, den Prozeß gewonnen, und der vorher angenommene Sieger denselben verlohren. Würde ihm deshalb aber nunmehr irgend einige Schuld zur Last gelegt werden können? — Wo ist der Grund, aus welchem ihm nun diese Schuld beygemessen werden soll, wenn er außer Schuld war, im Falle er durch die Meinung des vorher supponirten Richters den Prozeß gewonnen hätte? — Ein bloßer Zufall also wars, daß der Sachfällige den Prozeß verlohr. Es ist aber nirgends verordnet, daß bey der Schadenerstattung, die in Ansehung der Prozeßkosten statt findet, ein damnum casuale prästirt werden soll; auch hat dieses, meines Wissens, H. W. an keinem Orte behauptet. Das Fundament der Kostenerstattung ist allezeit temeritas litigandi.

di, und diese setzt eine Schuld, nie aber einen bloßen Zufall voraus.

Es muß also, meiner Ueberzeugung nach, bey der Regel bleiben, daß die Kosten eines über eine streitige Rechtsfrage entstandenen Prozesses compensirt werden. Allein freylich ist es bey den allermeisten Materien unsers Rechts chikanirenden Advokaten möglich, die Sache ihrer Partey mit solchen Scheingründen aufzustutzen, und gegen deutliche Wahrheiten des Rechts solche Zweifel aufzustellen, daß sie den Anschein eines zweifelhaften Rechtssatzes in den Augen eines Ungeübten erhalten konnte. Ueberdem werden sehr wenige Rechtswahrheiten seyn, welche nicht einmal von irgend einem Rechtsgelehrten bestritten wären, und die dennoch die Benennung einer Controverse nicht verdienen. Wo ist nun die Grenzlinie zu finden, um solche scheinbare Controversen von wirklich streitigen Rechtssätzen abzusondern, und nach was für Regeln soll der Richter hiebey verfahren, um nicht den Chikaneur, der gegen das nicht streitige Recht scheinbare Zweifel aufzuwerfen weiß, von der seinem Gegner schuldigen Kostenerstattung zu befreyen, noch auch unbilliger Weise den überwundenen Theil in die Erstattung der Kosten zu verurtheilen, wenn er wegen einer wirklich streitigen Rechtsfrage den Prozeß führte? — Eine wichtige und schwere Frage, deren ganz bestimmte Entscheidung, der Natur der

Sache nach, fast unmöglich ist, und in jedem einzelnen Falle besonders bestimmt werden müßte. Indessen kann doch die zu Anfange dieses Paragraphen gegebene Bestimmung einer streitigen Rechtssache einigermaßen zur allgemeinen Richtschnur dienen. Nimmt man daher an, daß nur solche Rechtsfragen als wirkliche Controversen zu betrachten sind, über welche entweder gar keine, oder nur so unbestimmte Gesetze vorhanden sind, daß sie mehrere Erklärungen zulassen, deren gegenseitige Gründe von ziemlich gleichem Gewichte sind; sieht man ferner darauf, ob die Frage von mehrern bewährten Rechtsgelehrten aus nicht falschen Grundsätzen auf verschiedene Weise entschieden worden, und endlich, ob auch die Entscheidungen der Gerichtshöfe über eine solche Frage verschieden sind, so wird es einem Richter, der gehörige Kenntnisse hat, (und die sollte doch ein jeder Richter haben) so schwer nicht fallen, die wahren von den scheinbaren Controversen zu unterscheiden, und sich darnach in Bestimmung des Kostenpunkts zu richten. — Daß bey dieser Entscheidung der Willkühr, oder eigentlich den Einsichten des Richters manches überlassen bleibt, ist freylich wahr. Allein dieses ist bey dem ganzen, über eine streitige Rechtsfrage entstandenen Prozesse der Fall. Die ganze Entscheidung eines solchen Rechtsstreites hängt ja blos von den Einsichten, von der Denkungsart des Richters ab, und es ist freylich schlimm genug, daß wir noch so manchen Rechtssatz haben, der so unbestimmt ist,

ist, daß diejenigen, welche sich darnach richten sollen, selbst nicht wissen, woran sie sind. Zu wünschen wäre es freylich, daß alle diese Sätze so bestimmt würden, daß sie gar keinen gegründeten Widerspruch litten. Alsdann würde auch dieser Mangel an Vorschriften in Ansehung der Prozeßkosten wegfallen, und es würde jeder, der im Rechte geirrt hätte, es sey vorsätzlich oder nicht, in die Kosten verurtheilt werden können. — So lange aber dieses nicht geschehen ist, so lange man dem Ermessen und den Einsichten des Richters die Entscheidung eines solchen Streites in der Hauptsache überlassen muß, kann man ihm auch keine so ganz bestimmte Vorschriften über den Kostenpunkt in diesem Falle geben, sondern muß, so gut es ihm überlassen ist, für welche Meinung der Rechtsgelehrten über die streitige Frage er sich erklären wolle, es ihm auch überlassen, ob er nach seinen besten Einsichten den vorliegenden Fall für eine wirkliche oder nur scheinbare Controverse halten, und folglich auf Compensation oder Erstattung der Kosten erkennen werde. Die Gesetze selbst überlassen diesen Fall dem richterlichen Ermessen, * und es ist daher kei-

* —— —— aut etiam iudex *inueniat* eum non calumniatorem, sed de re dubia litigantem etc. l. 5. §. 1. C. de fructib. et lit. exp.

—— —— si tamen *perspexerit* neutrum sumtuum subdere rationi: et propter negotii forte varietatem etc. Nov. 82. c. 10.

keinem Rechtsgelehrten erlaubt, diese Gesetze durch Schlüsse aufheben zu wollen, am wenigsten, wenn dadurch offenbar einer Partey Unrecht geschehen könnte. Denn da die überwundene Partey durch die Gesetze das Recht hat, daß sie wegen einer streitigen Rechtsfrage von der Kostenerstattung frey seyn soll, so kann ihr dieses durch die Auctorität eines noch so angesehenen Rechtsgelehrten nicht genommen werden, so wenig, als man der bloßen Billigkeit wegen, oder weil es möglich wäre, daß die Beybehaltung einer gesetzlichen Vorschrift gegen eine Partey einmal hart und unbillig seyn könnte, ein Gesetz verwerfen darf, ehe es von der gesetzgebenden Gewalt aufgehoben worden.

Hrn. Prof. Webers Grund, weshalb er hier ohne Unterschied auf die Erstattung der Kosten dringt, daß nämlich sehr oft blos durch Chikane ein Rechtssatz scheinbar streitig gemacht worden, und folglich der Sieger sehr oft um die ihm gebührende Erstattung der Kosten kommen könnte, hat freylich viel für sich. Allein theils ist er durch das eben gesagte hinlänglich widerlegt, theils aber ist auch wirklich das Uebel so groß nicht. Wenn wir annehmen, daß der Richter mit den gehörigen Kenntnissen versehen, und dabey ein gewissenhafter Mann ist, so wird der Fall, daß einmal eine Partey um die ihr eigentlich gebührende Kostenerstattung durch eine falsche Beurtheilung der Sache kommen könnte, sehr sel-

selten seyn. Weit öfterer aber würde es, wenn Hrn. Prof. Webers Theorie angenommen würde, der Fall seyn, daß die überwundene Partey offenbar gegen die Gesetze in die Erstattung der Kosten verurtheilt würde, welche sie zu leisten nach den Gesetzen nicht schuldig war.

Es kann auch bisweilen geschehen, daß ein Prozeß über mehrere Punkte geführt worden, wovon nur einer oder wenige eine streitige Rechtsfrage enthielten. In diesem Falle muß der Richter niemals die Kosten aus dem Grunde compensiren, weil eine streitige Rechtsfrage in dem Prozesse mit vorgekommen sey. Es müssen vielmehr die Kosten für jeden Punkt besonders berechnet, und nur diejenigen compensirt werden, welche die Untersuchung desjenigen Punktes veranlaßt hat, der sich auf den streitigen Rechtssatz bezog; und es müßte also z. B., wenn der Prozeß auf zwey Punkten beruhete, deren einer eine streitige Rechtsfrage zum Grunde hatte, der andere aber zur Erstattung der Kosten sich qualificirte, auf die Erstattung der Hälfte der Kosten erkannt werden, wenn nämlich jeder Punkt ungefähr gleich viel Mühe und Kosten verursacht hätte, u. s. w. Ich habe dies hier auszuführen für nöthig gehalten, weil Hrn. D. Emmrichs (§. 50. seiner Abhandlung) gegebene Anleitung mir nicht bestimmt und deutlich genug zu seyn schien.

§. 23.

Eine andere Frage aber ist die, ob es ein hinlänglicher Grund zu der Compensation der Kosten sey, wenn der verliehrende Theil das Ansehen großer und mehrerer Rechtsgelehrten, oder gar die sogenannte gemeine Meinung für sich hatte? — Hier kommt es immer darauf an, ob der Satz, welcher durch das Ansehen der Rechtsgelehrten unterstützt werden sollte, eine wirklich streitige Rechtsfrage war oder nicht. Im ersten Falle müßten die Kosten nach dem vorigen Paragraphen compensirt werden. War aber der Satz, welcher durch die Meinung der Rechtslehrer belegt werden sollte, keine eigentliche Controverse, so kann auch, selbst wenn das Urtel gegen das Ansehen noch so großer Rechtslehrer, ja selbst gegen die gemeine Meinung * ausfällt, die Compensation der Kosten nicht

* Wie schwankend übrigens der Begriff der gemeinen Meinung sey, sieht jeder ein, der demselben nur etwas näher nachdenkt. Soll sie nach der Stimmenmehrheit der Rechtsgelehrten berechnet werden? — Wo ist der Mann, der dieselben alle gelesen, alle gezählt hat? — Soll sie nach dem Ansehen der Rechtsgelehrten und nach dem Maaßstabe beurtheilt werden, ob die größten Rechtslehrer darin übereinstimmen? — Wo ist das Maaß und Gewicht, um die Größe, das Ansehen so vieler Rechtslehrer gehörig bestimmen, und sagen zu können, daß dieser oder jener zu den angesehenen Rechtslehrern, ein anderer aber nicht unter dieselben zu rechnen sey? Und

nicht statt finden. — Hier ist der Fall wirklich da, daß die besiegte Partey in den Rechten geirrt hat, und ein solcher Irrthum kann ihr nie zu statten kommen; selbst dann nicht, wenn sie denselben mit den größten, ja mit allen bisherigen Rechtslehrern gemein gehabt hätte, oder durch die Meinung großer Rechtsgelehrten dazu verleitet wäre. Denn nicht das ist recht, was große Rechtsgelehrte behauptet haben; sondern nur dasjenige, was die Gesetze deutlich, oder nach einer richtigen Erklärung verordnen, oder was eine durch richtige Schlüsse aus den Gesetzen gefolgerte Analogie mit sich bringt. Nach diesem ist der Richter zu sprechen schuldig, und nicht nach den Meinungen der Rechtslehrer. Das wissen die Parteyen, und es ist also ihre Schuldigkeit, daß sie sich nicht in Lehrbüchern oder Commentaren u. s. w., sondern in den Gesetzen selbst Raths erholen, was in dem gegebenen Falle Rechtens sey. Wäre dies geschehen, so hätte der überwundene Theil erfahren, daß seine Sache nach den Gesetzen sich nicht vertheidigen lasse, und daß folglich sein Prozeß nicht rechtmäßig sey. Belehrte er sich aber nicht aus den Gesetzen, so

 beob=

Und warum sollte nicht ein sonst nicht so berühmter Rechtslehrer in einem einzelnen Falle mehr Recht haben können, als die größten und berühmtesten, die vielleicht öfters eine Meinung blos deshalb annahmen, weil sie schon ein berühmter Mann behauptet hatte? — —

beobachtete er nicht diejenige Vorsicht, welche bey dem Anfange eines Prozesses erforderlich ist. Er war folglich wenigstens in culpa leui, und muß daher die Kosten erstatten. Er war in einer Unwissenheit des Rechts, welche vermieden werden konnte, und diese ist, bekannten Grundsätzen nach, allezeit schädlich. Es kann ihn daher nichts von der Erstattung der Kosten befreyen, sobald nicht Provinzial-Gesetze ein anders ausdrücklich verordnen. * — Ein mehreres über diese Frage anzuführen, halte ich für überflüssig, weil auch Herr Weber und Hr. Emmrich hierin mit einander übereinstimmen, und die weitern Gründe für die Erstattung der Kosten in diesem Falle sehr gut und ausführlich aus einander gesetzt haben. **

Aus eben den Gründen können auch die Kosten deshalb nicht compensirt werden, weil der Sachfällige eins oder mehrere *Responsa iuris* für sich hatte. Diese sind im Grunde weiter nichts, als Meinungen eines einzelnen berühmten Rechtslehrers oder einer Facultät, von welcher eine solche Belehrung über ihr Recht oder Unrecht von einer Partey eingeholt worden. An und für sich also kann so wenig ein Responsum iuris, als die opi-

* Beyspiele davon s. bey Emmrich a. a. O. §. 51. Note (m).

** vergl. Weber §. 10. Emmrich §. 51.

opiniones doctorum die Compensation der Kosten bewirken. — Wenn wir auch über die einem jeden rechtschaffenen Manne widrige Idee, die, leider! doch so oft gegründet ist, weggehen wollen, daß nämlich das Responsum meistens geflissentlich zu Gunsten desjenigen ausgeführt wird, welcher es sich erbeten hatte, so bleibt doch so viel gewiß, daß es weiter keine Kraft haben könne, als daß der um Rath gefragte Rechtsgelehrte der Partey sagt, seiner Meinung nach sey die Sache gerecht. Irrte nun der Rechtsgelehrte, so irrt auch die Partey, welche ihn um Rath fragte; und freylich ist es schlimm, wenn dieselbe durch ein solches Responsum in ihrem Irrthume bestärkt wird. Allein dieses kann sie noch nicht von der Erstattung der Kosten befreyen. Es ist möglich, und zur Ehre der Menschheit muß man glauben, daß es öfters der Fall sey, daß das Responsum in der lautern Absicht eingeholt worden, um sich über die Rechtmäßigkeit seiner Sache wirklich zu belehren. War nun das Responsum den Rechten nach irrig, so irrte freylich die Partey, die sich darauf verließ, bona fide, und man sollte daher glauben, daß sie nicht als ein temerarius litigator betrachtet werden könne.* Allein auch der ist in bona fide, welcher seinen eigenen unrichtigen Einsichten nach seine Sache für gerecht hält, obgleich er von ihrer Ungerechtig-

tig-

* vergl. Emmrich am angef. O. §. 53.

tigkeit aus den Gesetzen sich selbst, oder durch Befragung anderer, hätte überzeugen können. Hat er diese Belehrung einzuholen, seine Sache nach richtigern Grundsätzen zu prüfen, unterlassen, so kann er zwar wirklich in bona fide seyn, dennoch aber ist er, weil er in dem durch deutliche Gesetze bestimmten Rechte irrte, vom Richter als ein temerarius litigator zu betrachten. Dieser darf durchaus nicht auf die wahrscheinliche oder wirkliche *bonam fidem* der Partey sehen, sondern er muß den Kostenpunkt darnach entscheiden, ob den Gesetzen nach die sachfällige Partey als ein temerarius litigator betrachtet werde. Diese Entscheidung aber beruhet auf der Frage, ob der überwundene Theil sich durch Anwendung des gehörigen Fleißes vor Anfang des Prozesses aus den Gesetzen eines bessern belehren konnte oder nicht. Im ersten Falle muß er die Kosten, seiner bonae fidei ungeachtet, erstatten, und nur im andern kann er auf die Compensation rechnen. * — Nehmen wir nun an, daß die Partey sich über die Rechtmäßigkeit ihrer Sache außergerichtlich hat belehren wollen, und deshalb ein Responsum eingeholt hat, so ist sie zwar, wenn sie, durch dasselbe verleitet, in deutlichen Rechten irrte, in bona fide, allein das Responsum hat die Kraft nicht, das dem andern Theile zuste-

* Dieses ist der Fall bey streitigen Rechtsfragen. vergl. §. 22.

stehende Recht auf die Erstattung der Kosten zu nehmen. Eine Partey, die der Rechte unkundig ist, ist ja gleichfalls in bona fide, wenn ihr Advokat sie von der Rechtmäßigkeit ihrer Sache versichert: wer wird aber deshalb behaupten, daß sie, wenn der Prozeß unrechtmäßig war, von der Erstattung der Kosten frey sey? — Der Irrthum dessen, den die Partey um Rath fragte, ist als der Irrthum der Partey selbst zu betrachten, und es ist gleichviel, ob der um Rath gefragte ein großer Rechtslehrer oder ein Advokat war. Sollte der Irrthum dessen, der das Responsum ertheilte, der fragenden Partey in so weit zu statten kommen, daß die Compensation der Kosten dadurch bewirkt würde, so müßte ja eben der Rechtslehrer, der das irrige Responsum ertheilte, wenn er über denselben Gegenstand einen Prozeß führte, und ihn wegen desselben Irrthums in den Rechten verlöhre, auch von der Erstattung der Kosten frey seyn, und so kämen wir denn am Ende dahin, daß ein jeder Irrthum in dem Rechte, vorausgesetzt, daß kein dolus zum Grunde desselben läge, von der Erstattung der Kosten befreye — und wer wird das behaupten wollen? — Ein Responsum bleibt allezeit nur eine Privatmeinung, die auf das Urtel keinen Einfluß hat, noch haben soll, * und es kommt hier also eben sowohl, als bey dem eben ab-

* N. R. A. §. 96.

abgehandelten Falle, wenn der Sachfällige opiniones doctorum für sich hat, darauf an, ob, ohne Rücksicht auf das Responsum, der Sachfällige nach den bisher gegebenen Regeln von der Erstattung der Kosten frey zu sprechen sey oder nicht. Müssen nach diesen Regeln die Kosten erstattet werden, so kann auch das Responsum keinen Grund zu ihrer Compensation abgeben; * eben so wenig, als sonst opiniones doctorum diese Wirkung haben.

Ein *Praeiudicium iuris* ist im Grunde weiter nichts, als die Meinung eines einzelnen Richters oder Collegii über die streitige Frage. Denn obgleich dasselbe, als ein Urtel, unter den Parteyen, in deren Prozesse es erging, ein förmliches Recht machte, so hat es doch keine gesetzliche Kraft. Der Richter ist nicht Gesetzgeber, und es braucht daher ein anderer Richter nach dem, was vormals über die streitige Frage erkannt worden, sein Urtel nicht abzufassen. Seine Richtschnur sind die Gesetze, und nach diesen, nicht aber nach vormaligen richterlichen Aussprüchen, darf und kann er sich bey der Aburtelung eines Prozesses richten. ** Es kommt also allezeit

* Vergl. übrigens Weber §. 10. Emmrich §§. 52. 53.

** l. 13. C. de sentent. et interloc. Weber S. 108. Emmrich §. 54.

lezeit darauf an, ob das Praeiudicium den Rechten gemäß war oder nicht. Im ersten Falle muß der Richter sein Urtel wieder eben so abfassen, nicht weil das Praeiudicium da war, sondern weil die Gesetze diese, und keine andere Entscheidung mit sich brachten. Im leztern Falle aber darf der Richter auf das Praeiudicium keine Rücksicht nehmen, weil er nicht nach diesem, sondern nach den Gesetzen richten soll. * — Diese Grundsätze wußten die Parteyen vor dem Anfange des Prozesses. Verließ sich daher der unterliegende Theil auf bloße Präjudicien, ohne zu untersuchen, ob diese den Rechten und Gesetzen gemäß waren, so kann er, wenn sie vom Richter den Gesetzen nicht gemäß befunden wurden, sich mit nichts entschuldigen, weil er wissen konnte und mußte, was die Gesetze über die vorliegende Frage bestimmten. Er hat daher bey der Prozeßführung nicht die schuldige Vorsicht beobachtet, und muß folglich als ein temerarius litigator ohne Zweifel die Kosten erstatten.

Alsdann aber sind gewiß ein oder mehrere Praeiudicia ein richtiger Grund zur Compensation der Kosten, wenn der Prozeß über eine streitige Rechtsfrage entstanden ist. Hier war das Recht un-

* — cum non exemplis, sed legibus iudicandum sit — l. 13. C. de sent. et interloc. *Puffendorf* introd. in processum etc. P. III. C. 22. §. 16.

ungewiß; der sachfällige Theil hatte außer den Meinungen der Rechtslehrer noch ein Urtel für sich, worin bey denselben Gerichte über die Frage, derjenigen Meinung gemäß, erkannt war, auf welche er sein Recht oder seine Ansprüche stützte. Er konnte also erwarten, daß dasselbe Gericht jetzt wieder eben so entscheiden, und nicht seine Meinung über diese Materie geändert haben würde, zumal da sowohl die römischen, als unsere Reichsgesetze, einen vorzüglichen Werth auf die Praeiudicia legen.* Denn obgleich es sich dieser gesetzlichen Vorschriften wegen nicht allgemein behaupten läßt, daß die Gerichte auch nur in controversen Materien an die Praeiudicia gebunden seyn sollten, sobald sie, ihrer Ueberzeugung nach, die entgegengesetzte Meinung den Rechten mehr gemäß fänden, so läßt sich doch nicht behaupten, daß derjenige temere gestritten habe, der über eine solche streitige Rechtsfrage den Ausspruch eben so erwartete, wie er von demselben Gerichte schon über dieselbe Frage war gefällt werden.

§. 24.

Dieses ist nun die Theorie von demjenigen, was dem strengen Rechte in Ansehung der Prozeßkosten gemäß ist, wenn die sachfällige Partey Opiniones Doctorum oder Responsa oder Praeiudicia

* l. 38. de legib. R. R. A. §. 136. 137.

dicia iuris für sich hat. Sie geht im kurzen dahin, daß keines von diesen ein hinreichender Grund zur Compensation der Kosten ist, wenn nicht andere Umstände hinzukommen, welche die Vergleichung der Kosten erfordern, (z. B. wenn die Frage, worauf der Prozeß beruhete, eine streitige Rechtsfrage war ꝛc.). Diese Theorie gründet sich darauf, daß ein jeder Irrthum in Ansehung des Rechts, der nicht ganz unvermeidlich ist, allezeit schade, und folglich eine Unwissenheit oder Irrthum in solchen Rechtssätzen, die nicht streitig genannt werden können, keine Partey entschuldige, sondern der Richter eine solche Partey allezeit als temere litigantem betrachten müsse. — Die Richtigkeit dieser Grundsätze nach strengem Rechte wird wohl um so viel weniger bezweifelt werden, da sogar die beyden von so ganz entgegengesetzten Standpunkten ausgehenden Schriftsteller, Hr. Prof. Weber und D. Emmrich, in derselben übereinstimmen. Allein jetzt sey es mir erlaubt, gegen die allgemeine Anwendbarkeit derselben selbst einige Zweifel vorzulegen, und im kurzen die Frage zu berühren, ob das römische Recht und die demselben gemäße, eben vorgetragene Theorie von den Prozeßkosten, auch auf unsern jetzigen Zustand passe, und ob man nicht öfters dem Richter den gegründeten Vorwurf der Unbilligkeit und Härte machen könnte, wenn derselbe ohne Ausnahme die verliehrende Partey, die durch Meinungen der Rechtslehrer, durch Responsa oder Praeiudicia iuris irre geführt

wurde, allezeit in die Kosten verurtheilen wollte?

Es ist eine unleugbare Wahrheit, daß die aufgenommenen fremden Rechte sehr oft nicht ohne viele Mühe verstanden werden können, daß es sehr häufig vieler Zusammenstellungen verwandter Gesetze bedürfe, um den wahren Sinn eines Gesetzes zu erforschen. Es ist daher sehr leicht, daß selbst Rechtsgelehrte in dem eigentlichen Sinne eines Gesetzes irren, selbst wenn derselbe bey möglichst genauer Anwendung richtiger Auslegungs-Regeln mit völliger Gewißheit erforscht werden kann. Bey diesen Umständen ist es nicht zu verlangen, ja unmöglich, daß eine jede Partey ohne weitere Hülfe diese fremden Gesetze in allen Theilen ganz richtig verstehen sollte; und es bleibt daher kein Mittel übrig, als Rechtsgelehrte und Schriftsteller, die in demjenigen Theile der Jurisprudenz, in welchen der Prozeß einschlägt, berühmt sind, zu Rathe zu ziehen, und sich zu belehren, in wiefern die Sache den Gesetzen nach recht sey oder nicht. Dieses ist, meiner Ueberzeugung nach, alles, was von einer Partey oder ihrem Anwalde verlangt werden kann. Bey dieser Untersuchung nun findet die Partey, daß berühmte Rechtsgelehrte in ihren Schriften, oder in dem eingeholten Responso das Gesetz, von welchem die Entscheidung des Prozesses abhängt, so erklärt haben, daß, wenn diese Erklärung richtig wäre, der Prozeß gewonnen

nen werden müßte. Hieraus folgt von Seiten der Partey eine innere feste Ueberzeugung von der Rechtmäßigkeit ihrer Sache. — Demungeachtet konnte sie irren, und irrte dem Ausspruche des Richters gemäß, welcher durch die äusserste Sorgfalt die richtige Erklärung des Gesetzes fand, wirklich. Hier entsteht nun die Frage: Kann ihr dieser Irrthum in sofern zugerechnet werden, daß daraus eine Verbindlichkeit zu Erstattung der Prozeßkosten entsteht? — Es ist wahr, die Partey irrte in Ansehung des Rechtes, es ist durch klare Gesetze verordnet, daß ein nicht ganz unvermeidlicher Irrthum in Ansehung des Rechts allezeit schädlich sey: * sollte man aber deshalb eine jede Partey ohne Unterschied, die in den aufgenommenen fremden Rechten irrte, durch berühmte Rechtslehrer irre geführt irrte, für einen temerarium litigatorem erklären, und als einen solchen in die Kosten verurtheilen können? Sollte man in diesem Falle nicht die Grundsätze von der Zurechnung eines Irrthums, in Ansehung des Rechts, zu weit ausdehnen? — Mich dünkt, dies ist ein Fall, der aus dem römischen Rechte gar nicht entschieden werden sollte. Das römische Recht konnte die allgemeine, in den angeführten Gesetzen enthaltene Regel von der Schädlichkeit eines Irrthums in Ansehung des Rechts festsetzen, konnte

 einen

* l. 1. l. 9. de I. et F. ign.

einen jeden, der in den Rechten geirrt hatte, zur Erstattung der Prozeßkosten anhalten, und brauchte nicht die geringste Entschuldigung wegen eines solchen Irrthums anzunehmen, weil die damaligen Rechte und Gesetze, in der allgemein bekannten Landessprache geschrieben, einem jeden bekannt seyn konnten und mußten. Ganz anders aber verhält es sich bey uns. Wir haben fremde, vor mehr als tausend Jahren in einer uns ganz fremden Sprache niedergeschriebene Gesetze aufgenommen, welche die prozeßführenden Parteyen selbst nur selten verstehen. Was bleibt ihnen nun übrig, wenn sie sich nicht auf das Ansehen berühmter Rechtsgelehrten, auf die ihnen von einem als bewährt anerkannten Rechtslehrer, oder gar von einer ganzen Facultät mitgetheilten Gutachten über ihre unparteyisch und vollständig vorgetragene Streitsache verlassen, und diesen gemäß den Prozeß führen sollen? — Gewiß, wenn eine Partey vor Anfange des Prozesses diese Vorsicht beobachtet, wenn sie, (und dies wird sich bald aus den Acten ergeben) mit Unparteylichkeit, mit dem besten Willen die Gerechtigkeit ihrer Sache zu erforschen, berühmte Rechtslehrer nachgeschlagen, von berühmten Rechtsgelehrten Responsa eingeholt hat, so hat sie alles gethan, was sie in ihrer Lage thun konnte; — sie hat doch wenigstens mediam diligentiam angewandt. Man kann ihr nicht wohl vorwerfen, daß sie temere gestritten, da sie sich vorher keine Mühe hat verdrießen lassen, um sich

von

von der Gerechtigkeit ihrer Sache, oder wenigstens der Ungewißheit ihres Rechts zu überzeugen. Hatte sie selbst nach diesen Bemühungen, und wenn sie durch dieselben nicht überzeugt wurde, daß sie unrecht hatte, dennoch kein Recht, den Prozeß zu führen? — Ist sie dennoch zum Ersatz der Kosten eines Prozesses verbunden, den sie nicht temere führte, den sie vermieden haben würde, wenn sie nicht nach den deshalb angestellten Untersuchungen hätte glauben müssen, daß sie wenigstens nicht offenbar unrecht habe? — Ich wage es nicht, diese Frage zu entscheiden, und wünschte, daß jemand auftreten mögte, der diesen Punkt mit der nöthigen Gewißheit und Vollständigkeit aus einander setzte. Bis dahin aber glaube ich, müsse es, wenn eine Partey Responsa, oder Meinungen berühmter Rechtsgelehrten für sich hat, in sehr vielen Fällen dem Arbitrio des Richters überlassen bleiben, auf die Compensation oder Erstattung der Kosten den Umständen nach zu erkennen. Denn nur dieser allein kann es beurtheilen, ob in dem vorliegenden Falle die sachfällige Partey temere gestritten habe, und ob folglich ein richtiger Grund zur Erstattung der Kosten da sey oder nicht. —

So leicht es aber einer Partey ist, in dem wahren Sinne eines Gesetzes zu irren, eben so leicht, und noch leichter ist es, bey der Anwendung der fremden Rechte auf Thatsachen in Irrthum zu gerathen. Ich glaube daher, daß alles

dasjenige, was ich jetzt von dem Irrthume, in Rücksicht auf den Sinn der Gesetze gesagt habe, mit noch mehrerem Rechte auf den Fall anzuwenden sey, wenn eine Partey durch Responsa oder gar Praeiudicia in Rücksicht auf die Anwendung eines an sich klaren Gesetzes auf Thatsachen irre geleitet worden.

§. 25.

Jetzt ist noch die letzte Hauptfrage zu beantworten übrig, wie es nämlich mit den Prozeßkosten zu halten sey, wenn der Sachfällige ein günstiges Urtel für sich hatte, welches aber durch ein anderes gänzlich aufgehoben worden.

Es folgt sogleich aus der Natur der Sache, daß das erste Urtel an und für sich keinen Grund zur Erstattung oder Compensation der Kosten abgeben könne. Denn, indem dasselbe nicht rechtskräftig geworden, sondern durch ein anderes aufgehoben ist, so ist die Sache eben so zu betrachten, als ob das erste Urtel gar nicht da gewesen wäre. Das erste Urtel kann nunmehr nicht anders betrachtet werden, als eine bloße Privatmeinung des Richters, welcher es gab, denn weiter hat es keine Kraft in dem ganzen Prozesse, und es kann daher im Allgemeinen auch eben so wenig einigen Grund zur Vergleichung der Kosten abgeben, als eine jede andere Meinung eines Rechtsgelehrten. Durch das letzte

Ur-

Urtel wird der Prozeß entschieden, und in diesem muß der Richter auch bestimmen, ob, ohne Rücksicht auf das vorige günstige Urtel, dem Sachfälligen eine temeritas litigandi zugeschrieben werden könne oder nicht, und darnach entweder auf Erstattung oder Compensation der Kosten erkennen. * Da aber hiebey noch verschiedene Nebenbetrachtungen vorkommen, so wird es nicht undienlich seyn, diese Frage etwas näher zu bestimmen.

Man muß zuvörderst unterscheiden, ob das erste Urtel von demselben, oder aber von einem andern Richter abgeändert worden. Ist gegen das erste Urtel ein bloßes Suspensiv-Rechtsmittel eingelegt, und die Sache daher bey demselben Richter geblieben, dieser aber hat im folgenden Urtel das erste wieder aufgehoben, so muß man in Ansehung der Kosten darauf sehen, aus was für Bewegungsgründen diese Aufhebung geschehen sey. Das erste Urtel wird nämlich deshalb aufgehoben, weil entweder in der neuen Instanz ganz neue Thatsachen vorgebracht worden, welche diese Reformation veranlassen, oder aber weil der Richter einsieht, er habe sich entweder in den Rechten selbst, oder doch in der Anwendung der Gesetze auf die Thatsachen geirrt,

* vergl. Weber a. a. O. S. 110. fg. Emmrich S. 301.

und folglich das Urtel, ohne daß *noua* beygebracht worden, abändert. Im letzten Falle kann das vorige günstige Urtel den überwundenen Theil von der Erstattung der Kosten nicht befreyen, weil der Irrthum des Richters keiner Partey weder Schaden noch Vortheil bringen kann, sondern der Kostenpunkt muß lediglich darnach beurtheilt werden, ob dem Sachfälligen bey dem Prozesse eine temeritas litigandi zur Last falle oder nicht. *

Ist aber die Reformation des Urtels dadurch bewirkt worden, daß bey der anderweitigen Untersuchung neue Thatumstände beygebracht sind, welche das Recht des siegenden Theils ausser Zweifel gesetzt haben, so muß man zuerst untersuchen, wem die Schuld beyzumessen sey, daß diese in Thatumständen liegenden Beweismittel nicht gleich in erster Instanz beygebracht worden. Hat sich

1) der siegende Theil damit durch seine Schuld verspätet, so wird dieser die Kosten der ersten Untersuchung allein zu tragen haben, und in Ansehung der Kosten der zweyten Instanz muß man darauf sehen, in wiefern dem verliehrenden Theile eine temeritas litigandi zur Last falle. Hr. D. Emmrich behauptet zwar ** mit

* vergl. Emmrich §. 60 u. 63.

** a. a. O. §. 59. Nro. I. §. 63.

mit Beystimmung der preuß. Prozeßordnung, * daß in diesem Falle der siegende Theil die Kosten der neuen Untersuchung allein tragen müsse, weil dieselben durch seine Schuld veranlaßt worden, und daß die Kosten der ersten Instanz eben so beurtheilt werden müßten, als wenn die in der zweyten vorgebrachten Thatsachen oder Beweismittel während der ersten Untersuchung vorgebracht wären. Dieses ist freylich recht in den Preußischen Staaten, weil es gesetzlich verordnet ist; allein wenn wir auf das gemeine Recht sehen, so glaube ich nicht, daß es sich behaupten lasse, ohne entweder gegen den siegenden Theil unbillig zu seyn, oder den Richter bey Berechnung der Unkosten den größten Schwierigkeiten und Weitläuftigkeiten auszusetzen. — Der Grund zur Erstattung der Kosten liegt in der temeritate litigandi, und in dem dem andern Theile dadurch zugefügten Schaden. Die Partey aber, welche in der neuen Untersuchung wegen beygebrachter neuer Beweise, womit sie sich durch ihre Schuld verspätet hatte, ein obsiegliches Urtel erhalten hat, kann in der ersten Instanz nicht anders, als ein temerarius litigator betrachtet werden. Sie behauptete einen Satz, konnte ihn beweisen, und that es während der ersten Untersuchung nicht; sie prozessirte also während derselben offenbar temere, es sey nun, daß sie ihre

* Corp. Jur. Frideric. P. I. 6. Tit. 23. §. 6.

Beweismittel wirklich schon gehabt, oder durch ihre Schuld herbeyzuschaffen versäumt habe. Bey der zweyten Untersuchung hört diese temeritas auf; denn jetzt bringt diese Parthey ihre Beweismittel herbey, und überzeugt dadurch den Richter von ihrem Rechte. Warum soll sie nun die Kosten nicht von demjenigen Zeitpunkte tragen, wo sie temere stritt? Warum gerade von derjenigen Periode, wo ihre temeritas schon aufgehört hatte? — Hiezu kommt noch die Betrachtung, daß es öfters unbillig seyn würde, wenn der siegende Theil im vorliegenden Falle die Kosten der zweyten Instanz tragen sollte. In dieser kommt gerade die Untersuchung der neuen Beweisthümer und der neuen Thatsachen vor, weshalb er jetzt den Prozeß gewinnt. Diese gehörte wesentlich zur Darthuung seines Rechts, konnte nicht vermieden werden, sondern mußte, wenn er diese Thatsachen zur gehörigen Zeit vorgebracht hätte, vor dem ersten Urtel gleichfalls geschehen. Die dazu verwandten Kosten veranlaßte er also auf alle Fälle von seiner Seite rechtmäßig, und sie können folglich nicht unter die unrechtmäßig verursachten gerechnet werden; denn das einzige, was dem gewinnenden Theile dabey zur Last fällt, ist nicht, daß er die Kosten der Untersuchung dieser Thatsachen veranlaßt, sondern blos, daß er die Thatsachen nicht früher vorgebracht. — Gesetzt nun, die Kosten dieser Untersuchung betrügen mehr, als die durch die erste Untersuchung vergeblich verursachten Kosten; (und wie oft ist

dies nicht der Fall?) könnte alsdann der Sieger, der die Kosten der zweyten Untersuchung bezahlen soll, nicht mit Rechte fragen, weshalb er die Kosten der so wesentlich zur Darthuung seines Rechts nothwendigen Untersuchung seiner Beweismittel tragen solle? Hätte er nicht das Recht, sich zu erbieten, daß er diejenigen Kosten erstatten wolle, welche dadurch verursacht worden, daß er mit seinem Beweise zu spät gekommen? und zu verlangen, daß alsdann aber die Kosten, welche, vermöge der Natur des Prozesses, nicht zu vermeiden gewesen, und folglich auch die Untersuchungskosten der nach dem ersten Urtel vorgebrachten Beweismittel, nach den Regeln der Kostenerstattung beurtheilt werden sollten? Welcher gerechte Richter könnte ihm diese Forderung verweigern? — Dann aber hätte der Richter eine unendliche Arbeit, diejenigen Kosten, welche durch das Verspäten des Beweises rc. veranlaßt wären, und folglich hätten vermieden werden können, von denjenigen abzusondern, welche, der Natur des Prozesses nach, unvermeidlich gewesen wären. — Ich halte es daher für natürlicher und billiger, wenn der Sieger, der sich mit seinen Beweismitteln durch seine Schuld verspätet hat, und gegen den deshalb das erste Urtel ausgefallen ist, in die Erstattung der Kosten der ersten Untersuchung verurtheilt werde.

2) Wenn aber die neuen Thatumstände oder Beweismittel nicht durch die Schuld des Siegers

zu-

zurückgeblieben sind, sondern deren Beybringung vom Besiegten geflissentlich verhindert worden: so muß dieser auch, des für ihn günstigen Urtels ungeachtet, die Kosten des ganzen Prozesses tragen. Seine temeritas litigandi liegt hier offenbar am Tage. Dadurch, daß er die Herbeyschaffung der Beweismittel verhinderte, ist es klar, daß er wußte, der Gegentheil habe dergleichen Beweise und Thatumstände für sich, welche, wenn sie vorgebracht würden, den Prozeß zu dessen Vortheil entscheiden würden. Er stritt also nicht bona fide, sondern handelte noch dazu dolose bey dem Prozesse, und kann daher keinesweges auf die Compensation der Kosten einigen Anspruch machen. Er muß also nicht nur in die Kosten der zweyten Untersuchung, * sondern auch in die des ganzen Prozesses verurtheilt werden, weil aus seinem Betragen hervorleuchtet, daß er von der Rechtmäßigkeit der gegenseitigen Behauptungen überzeugt, deren Beweis dolose verhindert habe, und folglich, wo nicht als ein calumniator, doch wenigstens als ein temerarius litigator betrachtet werden müsse.

3) Kann aber weder dem siegenden Theile noch demjenigen, welcher durch das neue Urtel den Prozeß verlohr, wegen der verspäteten Beybrin-

* vergl. Emmrich §. 59. Nro. II. §. 63.

bringung der nouorum etwas zur Last gelegt werden, so kommt es allezeit darauf an, ob nach den §. 16. und 17. gegebenen Regeln dem Ueberwundenen in Ansehung des ganzen Prozesses eine temeritas zur Last falle, und es muß nach diesen Regeln, ohne Rücksicht auf das erste Urtel, der Kostenpunkt entschieden werden; indem im ersten Urtel selbst kein Grund liegt, welcher hierin einige Veränderung bewirken könnte.

4) Eben diese (Nro. 1 — 3 gegebenen) Regeln finden auch in dem Falle statt, wenn derjenige, welcher gegen das erste Urtel eingekommen ist, keine neue Beweismittel vorgebracht, noch auf eine neue Untersuchung angetragen; derjenige aber, für welchen das erste Urtel ausgefallen ist, zur Unterstützung desselben noua beygebracht hat; und hierauf das vorige Urtel zwar bestätigt ist, hingegen sich aus den Acten ergiebt, daß, wenn diese noua nicht angebracht worden, dasselbe abgeändert seyn würde. * Es ist im Grunde eben der Fall, als der bey Nro. 1 — 3 vorausgesetzte, nur daß die Person dessen, der die noua beybringt, verändert ist. — Die völlige Anwendbarkeit der Nro. 2 und 3 gegebenen Regeln auf diesen Fall wird, hoffe ich, nicht bezweifelt werden, nur könnte es vielleicht auffallend seyn, daß der Sieger, ungeachtet das ihm gün-

* vergl. Emmrich §. 59. Nro. IV. §. 62.

günstige erste Urtel bestätigt worden, dennoch, wenn er sich durch seine Schuld mit den nouis verspätet hätte, die Kosten der ersten Instanz erstatten solle. Allein ich glaube, es leidet dieses keinen Zweifel. Ohne das bey Nro. 1 gesagte hier zu wiederholen, will ich nur noch anführen, daß daraus, weil, im Falle, daß die noua in zweyter Instanz nicht vorgebracht wären, das erste Urtel abgeändert seyn würde, erhellet, daß der Sieger in der ersten Instanz den Grund seiner Behauptungen nicht hinlänglich, nicht so wie er konnte und mußte, dargethan hatte. Er ist daher in Rücksicht der ersten Instanz nicht außer Schuld, er führte den Prozeß und den Beweis seiner Behauptungen nicht mit derjenigen Aufmerksamkeit, welche erforderlich war. Dadurch veranlaßte er, daß die erste Instanz im eigentlichen Verstande fruchtlos ablief. Denn, da aus den Acten erhellt, daß ohne Beybringung der nouorum das vorige Urtel hätte abgeändert werden müssen, so ist dieses eben so gut, als ob das erste Urtel, so wie es, ohne die noua hätte abgeändert werden müssen, gleich gefaßt, und nun durch das zweyte Urtel, in Rücksicht auf die noua, so abgeändert wäre, als es gleich anfangs gefaßt war. Durch diese, wie ich glaube, richtige Vorstellung der Sache ist dieser Fall genau auf den von Nro. 1 reducirt, und es muß also auch die daselbst gegebene Regel, vorausgesetzt, daß diese richtig ist, hier angewendet werden.

5)

5) Uebrigens versteht es sich von selbst, daß in dem Falle, wenn in zweyter Instanz solche Beweismittel von demjenigen Theile, der das Rechtsmittel eingelegt hatte, beygebracht worden, welche den andern Theil sogleich von der Richtigkeit der gegenseitigen Angaben überzeugen konnten: z. B. neuaufgefundene klare Documente u. s. w., und dieser dennoch dem Prozesse nicht entsagt, er von diesem Augenblicke an als ein temerarius litigator zu betrachten sey, und also die seit der Beybringung dieser Beweismittel veranlaßten Kosten allein tragen, die vorhergehenden Kosten aber nach den bisher aus einander gesetzten allgemeinen Regeln beurtheilt werden müssen.

6) Wird das erste Urtel durchaus bestätigt, und zwar nicht aus dem bey Nro. 4 angezeigten Grunde, so ist nichts der Sache und unsern allgemeinen Gesetzen so sehr angemessen, als daß derjenige, der das Rechtsmittel eingelegt hat, die Kosten dieser neuen Untersuchung ganz allein trage. Gesetzt, er hätte auch vor dem ersten Urtel wirklich nicht temere gestritten, so kann er doch dem Vorwurfe der temeritas nicht entgehen, wenn er sich gegen dieses Urtel, welches ihm sein Unrecht darlegte, auflehnte, ohne den Grund, weshalb er dasselbe für unrecht halte, darthun zu können. Mit diesem Grundsatze sind auch die Gesetze völlig einstimmig, und verordnen auf diesen Fall ausdrücklich die Erstattung der Kosten.

sten.* — Daß übrigens die Kosten der ersten Instanz nicht aus diesem Grunde mit erstattet werden können, sondern daß dieselben nach den allgemeinen Grundsätzen der Kostenerstattung beurtheilt werden müssen, versteht sich von selbst.

§. 26.

Eben diese Regeln finden auch aus eben den Gründen statt, wenn gegen ein Urtel des Unterrichters die Appellation eingelegt ist, und ich brauche mich daher bey derselben nicht weiter aufzuhalten.** Es bleibt daher nur noch der Fall übrig, wenn gegen ein solches Urtel eine Nichtigkeitsbeschwerde vor den Oberrichter gebracht wird.

Hier muß man darauf sehen, wer die Nichtigkeit veranlaßt hat, indem allezeit derjenige dem Sieger die Kosten erstatten muß, welcher Gelegenheit zu dem nichtigen Urtel gegeben hat. Denn eine Nichtigkeit kann nicht anders entstehen, als durch einen dolum, oder doch culpam latam desjenigen, der sie veranlaßt hat. Hat sie der Querulat, z. B. durch Bestechungen oder

* arg. c. 59. X. de appellat. — Et si minus rationabiliter eum appellasse constiterit: illum ad inferiorem remittat, et in expensis alteri parti condemnet. — c. 5. de Appellat. in 6to. l. 6. §. 4. C. de appellat.

** vergl. Emmrich §. 58 — 61. Weber S. 210. fg.

oder andere widerrechtliche Handlungen, veranlaßt, so muß er dem Querulanten nicht nur die Kosten dieser Instanz, sondern auch die des ganzen Prozesses erstatten. Denn derjenige, welcher sich dergleichen Mittel bedient, um ein günstiges Urtel zu erlangen, hat nicht den geringsten Grund zur Entschuldigung, wegen seines unrechtmäßigen Prozessirens, für sich; er ist ein offenbarer calumniator.

Ist aber ein Dritter Schuld an der Nichtigkeit des ersten Urtels, so ist auch dieser, und nicht der Querulat, zur Erstattung der Kosten an den Querulanten verbunden. Dieser Dritte kann nun entweder der Richter selbst oder ein anderer seyn. Der Richter, welcher durch ein den Acten oder unbestrittenen Rechtsgrundsätzen, oder der Ordnung des prozessualischen Verfahrens zuwiderlaufendes Urtel die Nichtigkeits-Beschwerde veranlaßt hat, verdient im geringsten keine Nachsicht, sondern er ist entweder seines doli, oder doch seiner unverzeihlichen Nachlässigkeit wegen, dem Querulanten zum Ersatz alles desjenigen Schadens verbunden, welcher durch sein ungerechtes Urtel demselben zugefügt worden, und er muß daher nicht nur die Kosten der zweyten Instanz, sondern auch diejenigen Kosten der ersten Instanz erstatten, welche durch sein nichtiges Verfahren veranlaßt worden. * — Eben dieses ist

* arg. l. 15. ff. de iud. l. 2. C. de poena iud. qui male iudic. c. 1. de sent. et re iud. in 6to.

ist der Fall, wenn ein anderer, außer dem Richter, die Nichtigkeit des Verfahrens veranlaßt hat; z. B., wenn der Gerichtsdiener von den Insinuationen falsch berichtet, oder jemand sich fälschlich für einen Bevollmächtigten des Querulanten ausgegeben, sich ohne Befugniß des Richteramts angemaßt hat u. dgl. mehr. Derjenige, welcher auf solche Weise die Nichtigkeit veranlaßt hat, muß die Kosten, welche ohne das nichtige Verfahren nicht wären veranlaßt worden, tragen. In Ansehung der übrigen Kosten aber, welche durch das nichtige Verfahren nicht veranlaßt sind, sondern zu der Untersuchung der Sache nothwendig waren, muß nach den oben ausgeführten Regeln entschieden werden, ob sie von einer Partey zu erstatten, oder aber zu compensiren sind.

Ist aber die vorgebliche Nichtigkeit vom Querulanten nicht erwiesen, so versteht es sich von selbst, daß er die Kosten der neuen Untersuchung allein tragen müsse, und außerdem nach Befinden der Umstände wegen solches frevelhaften Gebrauchs der Nichtigkeits-Beschwerde in Strafe genommen werden könne. *

§. 27.

Noch ist der Fall übrig, wenn wegen einer Verletzung das Rechtsmittel der Wiederein-

se-

* vergl. Emmrich §. 62.

setzung in den vorigen Stand eingelegt worden; denn sobald die Restitution als ein blosses Suspensiv-Rechtsmittel gegen ein Urtel eingelegt wird, so finden die vorher von diesen Rechtsmitteln angegebenen Regeln statt.

Die Restitution, als Prätorisches Rechtsmittel betrachtet, kann in zweyerley Fällen statt finden:

1) Wenn ein gewesener Minorenner, oder überhaupt eine Parten, der das Recht der Minderjährigen zusteht, wegen einer erlittenen Beschädigung die Restitution sucht.

2) Wenn dieselbe gegen ein rechtskräftiges Urtel gesucht wird.

Im ersten Falle werden die Kosten gänzlich nach den bisher gegebenen Regeln von der Kostenerstattung beurtheilt werden müssen. Herr D. Emmrich behauptet zwar,* daß die Kosten, welche durch das Restitutions-Gesuch veranlaßt worden, von dem Imploranten getragen werden müßten, weil für ihn die Restitution eine Rechtswohlthat sey, welche dem Gegner nicht beschwerlich fallen dürfe. Allein ich bin der Meinung, daß, wenn sich bey der Entscheidung der Hauptsache findet, daß ein Theil temere gestritten, dieser die Kosten erstatten müsse; wo nicht,

* in der angef. Abhandl. §. 64.

so müssen sie compensirt werden. Folgende Gründe, hoffe ich, werden diese Meinung vertheidigen. — Das Restitutionsgesuch ist im vorliegenden Falle im Grunde weiter nichts, als eine Klage, wodurch der Implorant sein Recht gegen den Imploraten dahin auszuführen sucht, daß der Implorat angehalten werde, dem Imploranten dasjenige, was er von demselben erhalten, gegen Rückgabe dessen, was er dem Imploranten dagegen prästirt hat, wegen der dabey vorgefallenen Verletzung des Imploranten, zurückzugeben. Es unterscheidet sich daher dieses Gesuch im Grunde durch nichts von einer jeden andern Klage, wodurch einer sein Recht gegen den andern verfolgt. Ist das Recht, welches hier in der Rescission des Geschäfts wegen der Verletzung besteht, erwiesen, so wird es immer darauf ankommen, ob der Implorat sich temere dagegen geweigert oder nicht, und nach diesen Grundsätzen muß auf Erstattung der Kosten erkannt, oder dieselben compensirt werden. Ist aber die Verletzung nicht dargethan, und folglich der Implorant abgewiesen, so muß dieser natürlicherweise alle Kosten allein tragen.

Ist aber die Restitution gegen ein rechtskräftiges Urtel gebeten und erhalten, so wird es in Rücksicht auf die Kosten der ersten Untersuchung darauf ankommen, aus welchem Grunde die Restitution gesucht worden sey. Ist das Urtel, durch welches der Implorant verletzt worden, durch ver=

versäumte Nothfristen, Abwesenheit in Geschäften des Staats u. s. w. veranlaßt, so kann offenbar der andere Theil, der ein obsiegliches Urtel erhielt, nicht darunter leiden, sondern es müssen ihm die Kosten erster Instanz sämmtlich vom Imploranten erstattet werden. Ist sie wegen zu spät aufgefundener Documente rc. veranlaßt, so muß man darauf sehen, ob dem Gegentheile oder einem andern etwas dieserhalb zur Last falle: z. B., ob jemand den Imploranten daran verhindert habe, die Documente aufzufinden u. s. w. oder nicht. Im ersten Falle muß derjenige, welchem hierin etwas zur Last fällt, in die Kosten der ersten Untersuchung verurtheilt werden; wenn aber keinem andern dieserhalb etwas zur Last gelegt werden kann, so muß der Implorant vor allen Dingen dem Gegner die Kosten der ersten Untersuchung erstatten. Die Kosten der anderweiten Untersuchung aber sind nach den allgemeinen Regeln über die Erstattung der Prozeßkosten zu beurtheilen. Ist daher in der neuern Untersuchung die Läsion nicht erwiesen, und daher das vorige Urtel bestätigt, so muß der Implorant, weil er den Grund seines Gesuchs nicht hat darthun können, die sämmtlichen Kosten dieser neuen Instanz tragen. Ist aber das Urtel für den Imploranten ausgefallen, so kommt es darauf an, ob dem Imploraten eine temeritas litigandi zur Last falle oder nicht; und es müssen im letzten Falle die Kosten compensirt, im ersten aber, ohne Rücksicht darauf,

 daß

daß der Implorat ein Urtel für sich hatte, erstattet werden. *

§. 28.

Dieses wären die Regeln, welche für die besondern, bey einem Prozesse vorkommenden Fälle, meiner Ueberzeugung nach, aus der von mir aufgestellten Theorie und dem Grundsatze fließen, daß der mittlere Grad der Schuld bey der Prozeßführung prästirt werden muß. Andere Gründe der Compensation, als solche, welche aus diesem allgemeinen Grundsatze fließen, kann ich ich nicht annehmen, obgleich es noch verschiedene giebt, aus welchen gewöhnlich auf die Compensation der Kosten erkannt wird, die aber dennoch gewiß falsch sind, weil sich dieselben in keinem richtigen Zusammenhang mit der allgemeinen Theorie von der Compensation der Kosten setzen lassen.

Es ist unter andern ganz gewöhnlich, daß, wenn ein Prozeß über mehrere Punkte geführt ist, und in verschiedenen derselben die eine Partey, in andern aber die andere ein obsiegliches Urtel erhalten hat, alsdann sogleich die Kosten verglichen werden. Allein es liegt hierin noch kein hinlänglicher Grund zu der Compensation. — Betrachten wir die Sache aus dem gehörigen Gesichtspunkte, so zerfällt sie in folgende Abtheilungen:

1)

* vergl. oben §. 25. u. Emmrich §. 64.

1) Es hat einer in der Hauptsache verlohren, und in Nebenpunkten gewonnen;

2) oder der Prozeß ist über mehrere Hauptpunkte geführt, welche theils für, theils wider eine jede der streitenden Parteyen entschieden sind.

Hat jemand in der Hauptsache gewonnen und in Nebenpunkten verlohren, so frägt es sich, ob die Untersuchung der Nebenpunkte besondere Kosten verursacht habe oder nicht. Im letztern Falle muß der in der Hauptsache Sachfällige, wenn ihm in Rücksicht derselben eine temeritas zur Last fällt, die Kosten des ganzen Prozesses tragen, ungeachtet er in den Nebenpunkten obgesiegt hat. — Hat aber die Untersuchung der Nebenpunkte besondere Kosten verursacht, so folgt daraus noch nicht, daß deshalb die Kosten des ganzen Prozesses verglichen werden müssen. Die Kosten der Untersuchung der Nebenpunkte sind doch gewöhnlich nicht in Vergleichung mit denen zu stellen, welche der Hauptsache wegen haben aufgewendet werden müssen. Gesetzt also, daß beyde Theile in Rücksicht derjenigen Punkte, in welchen gegen jeden von ihnen erkannt worden, als temerarii litigatores zu betrachten wären, so können doch, ohne Unbilligkeit, die Kosten nicht compensirt werden. Derjenige vielmehr, welcher in der Hauptsache überwunden ist, ist schuldig, die durch die Untersuchung derselben verursachten Kosten seinem Gegner zu erstatten, wogegen er nur die Erstattung derjenigen Kosten zu erwarten hat,

welche durch die Untersuchung der Nebenpunkte veranlaßt sind. Es kann folglich keine Compensation aller Kosten statt finden, sondern die Partey, gegen welche in denjenigen Punkten erkannt ist, welche die meisten Kosten verursacht haben, muß dem Gegner noch so viel herausgeben, als die Untersuchung dieser Punkte mehr an Kosten verursacht hat, als die Untersuchung derjenigen Punkte, in welchen für sie erkannt worden. Hiebey ist vorausgesetzt, daß beyde Theile in den Punkten, welche sie verlohren haben, als temerarii litigatores zu betrachten waren; und das Verhältniß verändert sich wiederum gänzlich, sobald nur einem Theile, oder gar keinem, eine temeritas zur Last fällt. Es können daher hier folgende Regeln festgesetzt werden:

1) Derjenige, welcher in der Hauptsache gewonnen hat, ist in Rücksicht der Nebenpunkte, und der, welcher in den Nebenpunkten obgesiegt hat, in Rücksicht der Hauptsache als ein temerarius litigator zu betrachten. Alsdann muß die gegenseitige Kostenerstattung, wie eben ausgeführt ist, geschehen: so, daß derjenige, welcher die wenigsten Kosten verursacht hat, so viel vom Gegner heraus bekommt, als durch diesen mehr an Kosten veranlaßt ist.

2) Derjenige, welcher die Hauptsache verlohren, ist ein temerarius litigator, der Gegner aber, in Rücksicht auf die Nebenpunkte, nicht. Alsdann müssen die Kosten der Hauptsache er-

erstattet, die der Nebenpunkte aber verglichen werden.

3) Eben dieses ist auch im umgekehrten Verhältnisse der Fall, wenn der, welcher die Hauptsache verlohren hat, nicht temere gestritten, demjenigen aber, welcher in der Hauptsache gewonnen hat, in Rücksicht der Nebenpunkte eine temeritas zur Last fällt. Dieser muß alsdann dem Gegner die Kosten der Nebenpunkte erstatten, und dieses wäre also ein Fall, wo derjenige, welcher eigentlich Sieger im Prozesse ist, doch einen Theil der Kosten erstatten muß.

4) Wenn keinem Theile eine Temerität zur Last fällt, so werden sämmtliche Kosten verglichen.

Eben diese Grundsätze gelten auch von dem zweyten Falle, wenn nämlich der Prozeß über mehrere Hauptpunkte geführt worden. Es muß zuerst untersucht werden, in wiefern einer jeden Partey bey jedem einzelnen Punkte eine temeritas litigandi zur Last falle oder nicht. Alsdann müssen diejenigen Kosten, welche zur Untersuchung solcher Punkte haben verwandt werden müssen, bey welchen keinem Theile eine temeritas zugeschrieben werden kann, compensirt; die übrigen aber gegenseitig erstattet werden, oder, welches gleichviel ist, es müssen nur so viel Kosten gegen einander aufgehoben werden, als diejenige Summe beträgt, welche die Partey, die am we-

nigsten zu erstatten hätte, erstatten müßte, so, daß diese Partey vom Gegentheile so viel baar heraus bekommt, als dieser Gegentheil mehr an Kosten erstatten muß. * Ein Beyspiel wird dieses deutlicher machen. Gesetzt ein Prozeß über 10 besondere Punkte habe 1000 Thlr. gekostet, und die Untersuchung jedes einzelnen Punktes hätte nach dem Ueberschlage des Richters folgende Kosten verursacht:

1ster	Punkt	hat	gekostet	50	Thlr.
2	=	=	=	100	=
3	=	=	=	25	=
4	=	=	=	75	=
5	=	=	=	200	=
6	=	=	=	50	=
7	=	=	=	100	=
8	=	=	=	150	=
9	=	=	=	200	=
10	=	=	=	50	=
				1000	Thlr.

Wegen Nro. 2, 4, 5 und 8 aber müßten die Kosten compensirt werden. Es blieben folglich nur noch 475 Thlr. für die übrigen Punkte zu erstatten übrig. Hievon muß die Partey A die Kosten der Punkte 1, 3, und 7 an B mit 175 Thlr. erstatten; die übrigen Kosten aber, welche noch 300 Thlr. betragen, müßte B an A bezahlen. Es

* vergl. Weber §. 14. Emmrich §. 55.

Es würden folglich überall noch 125 Thlr. von der Partey B an die Partey A entrichtet werden müssen, welche diese doch offenbar unrechtmäßigerweise einbüßte, wenn nach dem gewöhnlichen Gebrauche die sämmtlichen Kosten dieses Prozesses aufgehoben wären.

Eben so gewöhnlich, aber auch eben so unrichtig, ist der Grundsatz, daß wegen einer Zuvielforderung die Kosten compensirt werden. Die Grundsätze des ältern römischen und canonischen Rechts über diese Materie * sind schon längst außer Gebrauch gekommen, weil wir die römischen Privatstrafen nicht mehr haben. Es muß daher diese Frage ganz aus den allgemeinen Grundsätzen der Kostenerstattung entschieden werden. Dieses ist auch von den Herren Weber ** und Emmrich *** nach sehr richtigen Principien geschehen, und ich brauche daher, der Vollständigkeit wegen, hier diese Resultate blos zu wiederholen.

Bey der Zuvielforderung, in Ansehung der Summe, leugnet entweder der Beklagte temere die ganze Forderung, oder er leugnet nur das Zuvielgeforderte, und gesteht sogleich die wahre For-

* S. Emmrich §. 56.

** S. 154.

*** §. 57.

Forderung zu. Im ersten Falle frägt es sich, ob dadurch, daß zu viel gefordert worden, mehrere Kosten verursacht sind, als nöthig gewesen wären, wenn gleich nur die schuldige Summe gefordert wäre oder nicht; und es sind nach dieser Maaßgabe die Kosten entweder verhältnißmäßig zu compensiren, oder ganz vom Beklagten zu erstatten. — Im andern Falle, wenn der Beklagte die schuldige Summe sogleich zugesteht, auch erweisen kann, daß er dieselbe außergerichtlich habe bezahlen wollen, muß der Kläger die sämmtlichen Kosten erstatten. Hat aber der Beklagte sich außergerichtlich zu dieser Zahlung nicht erboten, und sich unnöthigerweise verklagen lassen, so müssen die Kosten bis zu dem Zeitpunkte, wo der Beklagte sich zu der Zahlung der schuldigen Summe erklärt hat, compensirt, die übrigen aber vom Kläger erstattet werden. — Eben dieses ist auch der Fall, wenn bey dem Versuche zur Güte dem Kläger mit Bewilligung des Beklagten die schuldige Summe angeboten worden, und er dennoch auf seiner Forderung beharrt. Hat aber in diesem Vergleichsversuche der Kläger seine Forderung bis auf die schuldige Summe heruntergesetzt, und der Beklagte diese nicht annehmen wollen, sondern die ganze Forderung abgeleugnet, so sind die Kosten bis zu diesem Termine zu compensiren, nachher aber sämmtlich vom Beklagten zu erstatten. — Ist die Bezahlung zu früh, oder an einem andern Orte, wo der Beklagte nicht schuldig war, sie

zu leisten, verlangt; und also in dieser Rücksicht zu viel gefordert, so versteht es sich von selbst, daß der Kläger mit seiner Klage abgewiesen und in die Kosten verurtheilt wird; denn er forderte offenbar etwas, das ihm zu der Zeit, als er die Klage anbrachte, nicht zukam.

Die übrigen Gründe, auf welche viele Rechtslehrer die Compensation der Kosten gebauet haben, hängen zu wenig mit richtigen Grundsätzen von einer rechtmäßigen oder unrechtmäßigen Prozeßführung zusammen, als daß es der Mühe werth wäre, noch etwas darüber zu sagen. Sie zu nennen wird genug seyn. Man rechnet hieher, 1) wenn der Prozeß unter nahen Verwandten, 2) von dem Landesherrn, oder einer Obrigkeit mit ihren Untergebenen, 3) von einer Kirche, 4) dem Fiscus, 5) dem fiscalischen Kläger, 6) einem Geistlichen, 7) von einer persona miserabili, 8) von einem Manne, der in unbescholtenem Rufe steht, 9) oder von einem, der für seine Ehre gestritten, geführt und verlohren worden, oder 10) der Kostenaufwand unbeträchtlich, oder 11) der Prozeß von einem ex lege diffamari provocirten geführt ist u. s. w. Die Unzulänglichkeit dieser und anderer dergleichen Gründe für die Compensation ergiebt sich von selbst, da theils die Gesetze nicht das mindeste davon erwähnen, noch auch sie im geringsten aus den allgemeinen Begriffen von der Compensation der Kosten herzuleiten sind, indem keiner

ner derselben den Sachfälligen; von der bey einem Prozesse erforderlichen Anwendung des mittlern Grades des Fleißes, und der daraus folgenden Prästation des mittlern Grades der Schuld, befreyen kann. *

Dieses sind nun die Grundsätze, nach welchen, meiner Ueberzeugung gemäß, sowohl im Allgemeinen, als auch in einzelnen Fällen, die Erstattung oder Vergleichung der Prozeßkosten beurtheilt werden muß. Ich gebe gern zu, daß ich sowohl in der allgemeinen Theorie, als auch in verschiedenen einzelnen Fällen, geirrt haben könne, und jede Belehrung wird mir deshalb sehr willkommen seyn. Denn nicht vorgefaßte Meinung leitete mich bey Aufsetzung dieser Gedanken, sondern nur der Wunsch, durch die Bekanntmachung derselben Anlaß zu geben, daß diese Materie noch von einer andern Seite betrachtet werden mögte, als nur aus den beyden gerade entgegen gesetzten Gesichtspunkten, welche Herr Professor Weber und seine Gegner genommen haben. Ich werde daher meinen Zweck völlig erreichen, wenn sich ein Rechtsgelehrter finden sollte, der nun unparteyisch diese

drey

* Wer mehr darüber nachlesen will, kann solches in der Weberschen Abhandlung §. 13., und der Emmrichschen §. 66 --- 77. finden.

drey verschiedenen Theorien prüfte, und so ein mit richtigen Rechtsgrundsätzen genau harmonirendes Ganzes zusammensetzte, welches, ohne den Vorwurf der Unbilligkeit gegen irgend eine Partey fürchten zu dürfen, künftig dem Richter zur Norm in dieser Materie dienen könnte. — Der Mann, dem es gelänge, das Unbestimmte unserer Gesetzgebung in diesem wichtigen Punkte zu heben, erwürbe unsterblichen Dank seiner Mitbürger. Denn was ist niederschlagender, was einem denkenden Manne unerträglicher, als einen Theil seines Vermögens, sey er auch noch so gering, der bloßen Willkühr eines einzelnen Mannes, oder auch eines Collegii, überlassen zu müssen? —

Druckfehler.

Seite 7. Zeile 1. statt litigantium lies litigandi. Z. 10. st. Emmerich l. Emmrich. Z. 11. st. gegenwärtigen l. vorigen. S. 32. Z. 18. st. den l. dem. Z. 27. st. iniuriae l. iniuria. S. 35. Z. 19. st. folglich l. füglich. S. 43. Note, l. Hennemann Beytr. 1. §. 10. S. 56. Z. 4. st. Argumenten l. Argumentationen. S. 63 Note * ist hinzuzusetzen l. 18. pr. Commod. S. 71. Z. 3. st. audacias l. audacia, und Note * l. S. die S. 70. angeführten ꝛc. S. 99. Z. 25. st. konnten l. konnte. S. 153. in der Note l. Corp. Jur. Frideric. lib. I. pag. 1. lit. 23. §. 6.

Bey dem Verleger sind nachstehende Bücher zu haben.

BIBLIOTHECA REGIA MONACENSIS

Bischoff, J. N., commentatio de Feudis oblatis p. I. 4. 1791. 8 Ggr.

— — Lehrbuch des deutschen Canzley-Styls und der Canzley-Geschäfte 1. oder theoret. Theil von den allgemeinen Eigenschaften des Canzley-Styls. 8. 1792. 1 Thlr. 6 Ggr.

Günther, C. A., de invalida caelibatus conditione ultimi voluntatis adjecta quamvis pia caussa in illius defectum fuerit substituta. 4. 2 Ggr.

Hagemann, Th., Beyträge zum Braunschw. Lüneb. Lehnrechte. gr 8. 1791. 12 Ggr.

— — und C. A. Günther Archiv für die theoret. u. pract. Rechtsgelehrsamk. 6r. u. letzt. Th. gr 8. 1792. 18 Ggr.

Kühne, C. F., de beneficio restitutionis in integrum ecclesiae contra praescriptionem denegando. 8. 1792. 3 Ggr.

— — de adplicatione juris romani ad instituta germanis propria. 8. 1793. 4 Ggr.

Mumhard, H. G., libellus singularis de praecipuis speciebus, quibus debitoris debitores conveniri possent 2part. 4. 1792. 8 Ggr.

Sammlung der Landtagsabschiede, Fürstl. Reversalen und anderer Urkunden, die landschaftliche Verfassung des Herzogthums Braunschweig-Lüneburg-Wolfenbüttelschen Theils betreffend, herausgegeben von P. C. Ribbentropp. 1r Bd. 4. 1793. Schrbpp. 2 Thlr. 6 Ggr. Druckpp. 1 Thlr. 18 Ggr.

Schaller, C. W., differt. de actione exercitatoria. 4. 1793. 4 Ggr.

Schmelzer, F. A., über die Wirkung einer zur Todeszeit des Kaisers noch unerfüllten kaiserlichen ersten Bitte. gr 8. 1793. 10 Ggr.

Wahlkapitulation, die kaiserl. Sr. Maj. Franz II., mit krit. Anmerk. und einen Versuch ihres Vortrags in gereinigter Canzelley Sprache des jetzigen Zeitalters, von F. A. Schmelzer. gr 4. 1793.

BSB Bayerische StaatsBibliothek
MDZ Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Schmidt-Phiseldeck, Wilhelm Justus Eberhard von,

Beytrag zu der Lehre von den Prozeßkosten

Helmstedt 1793

J.pract. 269 c
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10554677-2
VD18 14726025-001